

Explicación civilística del sistema instituido sobre el despido improcedente (Ensayo reformador)

LUIS MARTINEZ-CALCERRADA

Doctor en Derecho
Magistrado de Trabajo

SUMARIO: *Teoría sobre el despido.*—Inserción sistemática del despido en el Derecho en general.—I. Institución típica del Derecho laboral. Su alusión en los artículos 1.584, 1.586 y 1.587 del Código civil. A) Su significación propia en el contrato de trabajo. B) Relaciones entre el Derecho civil y el laboral, dentro de la contratación privada: El contrato de trabajo absorbente de la contratación laboral. a) Naturaleza personal del contrato de trabajo. b) Presencia en el mismo de los caracteres del Derecho civil en los contratos “*intuitu personae*”: 1) Manifestaciones comunes en sus fases operativas: Perfección. Consumación. Su tracto sucesivo prestacional. Extinción. Identidad de “*ratio*”. 2) Diferencias específicas: a’) De contenido ontológico por la fisonomía “*sui generis*” del contrato laboral: Su masificación. Disparidad posicional de las partes. Trascendencia económico-social. b’) De contenido instrumental o de técnica legislativa: Exponente de la política social de los Estados. Soluciones tácticas ante el mundo laboral. Sistemas liberales: el contrapeso de la huelga. Sistemas de autoridad: Cercenamiento de los derechos del contrato en aras a su estabilidad. C) Explicación del despido en la precedente exposición. a) El despido libre: Término del contrato por voluntad de las partes. Su relieve técnico jurídico. b) El despido reglado: Subordinación a la ordenación legal contraria a su naturaleza. Su justificación económico-social y alcance de la misma.—II. Concepto y naturaleza del despido. A) Causa de resolución contractual de libre ejercicio. B) Causa de resolución contractual condicionada a la regulación de supuestos legales.—*El despido en el Derecho positivo español.*—I. Vigencia del denominado despido reglado. Normativa legal: Artículos 76 y siguientes de la Ley de Contrato de Trabajo y 96 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral y Leyes Fundamentales.—II. Especial consideración del despido IMPROCEDENTE. Su inclusión dentro de las categorías de despido reguladas. A) Concepto y significado del despido improcedente. B) Su regulación legal. Clases de despido improcedente. Causas determinantes. Consecuencias sancionadoras. C) Conclusiones de su regulación. a) El despido improcedente es un despido injusto. b) Su inviabilidad “*ope legis*”. Normatividad de “*ius cogens*”. c) “*Contradictio in terminis*” de la opción legalmente establecida. Estudio técnico-jurídico: Su naturaleza y atribución

del derecho de elección: Información civilística. 1) Por desvío a la coherencia reglamentadora. 2) Por conducir a la extinción de la relación laboral expresamente prohibida. 3) Por consentir con ello un fraude empresarial: el despido preconstituido. *d*) Patología de la ejecución de las sentencias de despido improcedente. Su justificación por el juego conjunto de los artículos 1.098 del Código civil y 923 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento civil. *D*) Situación “de lege data”: Inutilidad específica de la declaración judicial de despido improcedente, y orfandad laboral del trabajador. *E*) Particular tratamiento de la opción concedida al empresario. Derecho de elección en obligación alternativa “*ope sententiae*”. *a*) Su posible justificación: reencuentro con el personalismo del contrato de trabajo. 1) Razones laborales: de armonía profesional y ambiental. 2) Razones personales: celos o aversiones. 3) Razones económicas.

b) Su incidencia en el trabajador. 1) Desamparo o inestabilidad laboral. 2) Padecimiento de coacciones empresariales. 3) Compensación económica insuficiente. 4) Estadística de afectados: pequeña y mediana empresa. Su volumen en los núcleos locales y provinciales. 5) Fomento del paro laboral por la localización del fenómeno en zonas de escasa productividad o dinamismo económico.—*Posibles fórmulas “de lege ferenda”*. *a*) Supresión de la opción al empresario: Reencuentro con el Derecho civil.—Caso particular del conflicto colectivo. *b*) Opción “racionalmente” establecida. 1) Reformas en la opción empresarial. *a'*) Mantenimiento del obrero durante un año en la empresa más la indemnización actual: Ventajas e inconvenientes. *b'*) Imposición al empresario de encontrarle otra colocación adecuada. Consecuencias civilísticas: Ventajas e inconvenientes. *c'*) Aumento de la indemnización a un “quantum” racional. Fijación de sus límites mínimo y máximo. La actual indemnización de los artículos 81 L. C. T. y 103 L. P. L. es insatisfactiva para el trabajador. Quiebra por su límite mínimo inexistente. Entendimiento de la “racionalidad”: Juego de las circunstancias del artículo 81 L. C. T. Valor de la analogía. Exhortación jurisdiccional. Integración del límite mínimo. *aa*) La cualidad de operario fijo es la determinante: representativa del “*modus vivendi*” del trabajador. *bb*) Las demás circunstancias condicionan la extensión del “quantum” hasta el límite máximo. *cc*) Casos especiales. *dd*) “Quantum” del límite mínimo: un año de indemnización. Su gravitación empresarial elusiva de los despidos preconstituidos. Su contenido satisfactivo. Juego del artículo 1.135 del Código civil. *ee*) “Quantum” del límite máximo: tres años de indemnización. Razonamiento y significación. 2) Reformas en la opción laboral. *a'*) Procedimiento de ejecución de sentencias. Elevación de sus respectivos límites: Dos y seis años de indemnización. *b'*) Aplicación extensiva del artículo 213 L. P. L. Precedente ejemplar.—*aa*) Problemática de su casuística aplicatoria. *bb*) Procedencia del trámite de ejecución de sentencias de despido. *cc*) Incumplimiento empresarial de la obligación de readmisión: Procedimiento coactivo. *c'*) Alusión a los artículos 214, 227 y 228 de la L. de P. C. *c*) Creación de un fondo asistencial a favor de estos despedidos. Funcionamiento: 1) Cobertura salarial durante un año. 2) Intercomunicación con las Oficinas de Colocación Obrera. 3) Financiación económica: Aportación pública y cuotas empresariales (reenvío al “quantum” racional).—CONCLUSIÓN.

TEORIA SOBRE EL DESPIDO

INSERCIÓN SISTEMÁTICA DEL DESPIDO EN EL DERECHO EN GENERAL

I.—Institución típica del Derecho laboral. Su alusión en los artículos 1.584, 1.586 y 1.587 del Código civil

Localizar el lugar que dentro de las Ciencias jurídicas ocupa una determinada institución es tarea que dentro de la metodología conduce a deslindar el primer obstáculo existente para delimitar su concepto. Y al hablar de institución, no se utiliza el término con todo su rigor y con el contenido ya elaborado por la dogmática. que precisa de unos presupuestos o notas significativas caracterizantes de la categoría y por tanto perfectamente individualizadoras de otras realidades instrumentales que el jurista utiliza en la exposición de sus conceptos. Simplemente se quiere con ello aludir a un tecnicismo ya consagrado, cuando por su misma naturaleza sirve para entender que una circunstancia fáctica acaecible permanentemente en la convivencia regulada por el Derecho ha sido particular y concretamente sometida a la esfera de su juridicidad, y por ello ostenta un contorno selectivo en el que pueden operar los módulos de valoración y entendimiento inherentes al funcionalismo aplicativo del Derecho, finalidad indubitada de éste y causa de su existencia. Es decir, se trata, sin más, del resultado apretado de una realidad jurídica en cuanto se compone de un acontecimiento detectable por su dación y previsible por su contingencia duradera —excluyéndose, pues, el hecho más o menos aislado— cuando el mismo ha sido conformado o envuelto por la norma; y si además esa realidad jurídica es capaz de aglutinar todos los componentes o incidencias que estén o surjan en el acontecimiento regulado, y por otro lado, contenga en su conjunto las fórmulas explicativas o resolutivas de los conflictos planteados entre los protagonistas del acontecimiento, sí estaremos, entonces, en el área de la institución referenciada; su denominación, en consecuencia, representará una de las técnicas que el jurista emplea para explicar sus conceptos básicos.

Encasillar al despido, objeto de estudio, en la precedente especulación sobre su posición sistemática presupone, con todo el correspondiente proceso derivativo, otorgarle “a priori” la categoría de institución, y por su misma definición, una naturaleza sinónima a la de comportar un expediente jurídico fruto de la subsunción de un acontecer generalizado y con visos de previsible permanencia. Es claro, asimismo, que dentro de las instituciones jurídicas las hay comunes y operativas en diversos campos del Derecho en general; piénsese en la vasta gama representada por los “contratos”, cuya temática es tan agotadoramente jurídica que opera en distintas ramas jurídicas; la justificación del fenómeno, o sea, de la existencia de esas instituciones comunes, o, en otras palabras, que con idéntica terminología funcionan en campos diferentes, no puede ser de base ontológica porque, por esencia, la realidad conformada positivamente siempre es la misma —en el caso de los contratos, el hecho

generalizado que se regula es el nexo concertado voluntariamente entre dos personas (no individuos en todos los casos) y cuyos efectos o consecuencias han de cumplir—, sino de índole secundaria o instrumental: unas veces por el fenómeno especializador del Derecho, origen de la desmembración del tronco común, que, alumbrando disciplinas con visos todas de una sustantividad a veces sospechosa o deficitaria, tienen que acogerse, como asideros de vitalidad, a entidades pertenecientes al tronco, y al aceptarlas en su significación jurídica originan esa comunidad, aunque luego las particularicen con algún sentido original propio de su especialización; otras, obedecen al resalte simple de algún elemento que, siendo por carácter accesorio, deviene en principal en una u otra rama especializada. Mas frente a esta comunidad aplicatoria de algunas instituciones, existen otras que sólo actúan en un Derecho determinado. Esta es la afirmación epigrafiada que se predica del despido.

Cualquiera que sea la disciplina jurídica investigada para comprobar dicha afirmación nos llevará a idéntico resultado: El término es desconocido en general, luego hay que derivar que el fenómeno encerrado en el mismo igualmente es irrelevante. Ello contiene un relieve de particularísima significación, porque si se parte, como se hace, de que en la temática desmembrante del tronco común del Derecho privado escasísimas instituciones carecen del influjo de éste por muy innovada que haya sido la positivación verificada por la disciplina desgajada, en lo concerniente al despido parece ser que esa tesis quiebra por inexacta. En efecto, si se anticipa la asunción por el Derecho civil de la elemental función informadora del resto de las disciplinas, ocurre con el despido que (salvo las referencias literales sin tratamiento alguno, en la regulación arcaica del “servicio de criados y trabajadores asalariados”, artículos 1.584, 1.586 y 1.587 del Código civil) no se encuentra su albergue en el seno del mismo. Bien que, como se verá, en esa idea se escamotea un dato de gravitación cualificada: En la concepción jurídica del despido, al margen de su naturaleza, es capital la forma como la política legislativa de un derecho positivo determinado lo ha configurado. Es entonces cuando ocurre esa excepcional alusión en su acogimiento por el Derecho civil. Y es, por tanto, cuando el examen de las materias constituyentes del acervo de las ramas del Derecho revelan que el campo natural de su presencia se encuentra dentro del llamado Derecho laboral, porque el acontecimiento normado se refiere a aquel sector de la convivencia expresamente sometido a la incidencia de este Derecho.

A) *Su significación propia en el contrato de trabajo.*

Comprobada, pues, su antedicha inserción sistemática, procede ahora situar al despido concretamente en el contenido del Derecho laboral. ¿Cuál es, de consiguiente, la materia de éste ocasionante de la institución?

Hablar de materia sometida al Derecho laboral comporta el aná-

lisis del contenido de esta disciplina jurídica. Como se abundará seguidamente al respecto, una “suprainstitución” absorbe citado contenido; nos referimos al contrato de trabajo. Acaso sea ésta una cualidad caracterizante de su especializado objeto, que difícilmente puede encontrar paragón en otra rama del Derecho. Y es que para que una realidad quede sometida a la legislación laboral, sea esfera seleccionada de las demás y subsumible en su función sancionadora, ha de transitar por el cauce del contrato de trabajo y sin perjuicio, claro es, de toda la temática de Seguridad Social. En definitiva, a través de la exclusiva y excluyente figura contractual es como se da entrada principalmente al campo de incidencia del Derecho laboral. Participando, por comunidad de origen institucional, en la esencia civilística de las relaciones entrelazantes intersubjetivas, contiene asimismo su idea genérica de referirse a un acontecimiento provocado por el mutuo consentimiento de los interesados que vinculados a sus consecuencias han de cumplir las obligaciones respectivamente constituidas; el objetivo sobre que recaiga dicho consentimiento, o lo que es igual, cuando con el mismo se persigue que una persona —el trabajador— aporte sus facultades o esfuerzo personal para la consecución de un beneficio, o más, en puridad —conforme a actualizada jurisprudencia— o con esa finalidad desempeñe un cometido, al margen de su real consecución en un momento determinado, en favor de otra —empresario— mediante una retribución de éste, será la nota que innove al contrato genérico en típicamente laboral. El “*pacta sunt servanda*”, principio acogedor de la fuerza obligatoria contractual, no ha quedado por esa genuinidad ni siquiera atenuado.

El despido, voz que reúne expresivas resonancias populares, alusivo literalmente al término de una etapa, al de un proceso, o sencillamente, a la desaparición de un fenómeno existente en el tiempo, encuentra en el contrato de trabajo su peculiar significado. La solución de continuidad, eliminadora de un tracto precedente, que le es inmanente, produce al operar sobre la realidad jurídica del contrato de trabajo la terminación del mismo, la extinción de sus efectos.

Pero lo afirmado, que en un resumen apretado aduce a mecanismos de funcionamiento dispar, conforme al seno en que se examinen, conlleva a analizar una serie de pormenores técnicamente apreciables que nos expliquen no sólo la diversidad institucional correspondiente, sino hasta los posibles engarces o influencias que en torno al despido puedan provenir del mismo Derecho común, en particular, al contemplarlo en su naturaleza o afín con la dogmática, es decir, desprovisto de la opinión constituida que sobre el mismo mantenga un determinado Derecho positivo. Se persigue con el intento no sólo abundar en la diferencia trascendental que media entre el despido en su significado ontológico o cohenestable con su naturaleza como causa de extinción de la relación laboral, y el configurado cuando el control de la ley, efecto del intervencionismo estatal, lo ha manipulado hasta constituir un procedimiento reglado que, a pesar de contar con su función institucional de carácter extintivo, pugna con la voluntariedad, causa de su existencia.

B) *Relaciones entre el Derecho civil y el laboral dentro de la contratación privada: El contrato de trabajo prototipo absorbente de la contratación laboral.*

Ya se anticipó esta idea, que no necesita de mayor desarrollo, pues su entendimiento y comprensión constituyen "communis opinio".

Que el contrato de trabajo acoge la realidad informadora del Derecho laboral expresa una verdad indiscutible: Precisamente para hablar con rigor de este Derecho, o, con otras palabras, para que una materia sea laboral y esté regulada por el mismo, debe estar inserta en el acervo de vicisitudes o incidencias dimanantes de la actividad laboral. Sólo cuando se establece una relación intersubjetiva determinante de una conducta de uno realizada en provecho de otro, mediante una retribución, o sea, se genera un contrato de trabajo, hace su aparición el Derecho laboral; en otro aspecto, si la disciplina nace así en exclusividad, también su cometido lo es hermético en igual sentido: En puridad, su contenido abarcará expresamente la temática completa derivada del funcionamiento de tal contrato; aunque sea claro, conviene no incidir en el equívoco de que si bien mediante el Derecho laboral los Estados practican principalmente su política de Seguridad social en cuanto con la misma orientan su intervención en el proceso de producción económica, sin embargo, numerosas funciones, consecuencia de esa política social, escapan del contenido propio del Derecho laboral, y ellas son las que, como se ha dicho, no se han encauzado merced al contrato de trabajo, o tampoco son efecto aunque remoto del mismo.

Abordemos ahora las manifestaciones del influjo del Derecho común en este contrato de trabajo, o en el contenido básico del Derecho laboral.

a) *Naturaleza personal del contrato de trabajo.*

Para razonar sobre esa interrelacionalidad entre una disciplina y otra se debe considerar qué cualidad es la predominante en el contrato de trabajo. Se rubrica el asunto afirmando que el mismo tiene naturaleza personal. La "personalidad" en los contratos, o con una terminología válida al punto, los denominados contratos personales deben añadir un "quid" significativo de la categoría, porque por lógica definición todos los contratos implican la intervención, como protagonistas de su realidad, de las personas contratantes. Entonces si se afirman que existen unos, dentro de los que se halla el de trabajo, de naturaleza personal, será porque la concurrencia de determinadas circunstancias en los intervinientes ha sido factor decisivo para su realización. Siendo ésta la idea que late en los contratos "intuitu personae" del Derecho civil, como después se abunda, se opina rotundamente que en el contrato de trabajo la "personalidad" de las partes está tan reforzada o diáfana que equivale a lo que en Derecho común se llama contrato personalísimo o de hacer personalísimo, fuente de las obligaciones de este tipo, y de las que el artículo 1.161 del Código civil es un exponente cierto de su acaecimiento.

La naturaleza personal del contrato se demuestra, en línea de principios, porque el mismo se ha originado por la respectiva representación que de sus circunstancias tienen anticipadamente los contratantes. Se dice en línea de principios, o en términos generales, con independencia de que en la realidad haya supuestos en los que la actividad contratada, o la pertinente prestación, sea no selectiva y por tanto puede sustituirse por otra persona al trabajador o, como acontece de hábito, aparezca la contratación en masa, o contratos de trabajo idénticos para una cantidad numérica de trabajadores. Ambos eventos no despersonalizan esa naturaleza que, como se dice, está presente en todo su complejo caracterizador. En efecto, la clásica nota de dependencia, aglutinante del sentido laboral que media en la relación entre las partes, está provista de un acentuado personalismo. Igual se contemple esa dependencia en su criterio inveterado —hoy ya superado— de que el trabajador actúe en todo momento conforme a las órdenes del patrono, prejuzga que antes éste y a la hora de contratar haya tenido en cuenta las circunstancias personales de aquél, para así calibrar si será capaz de conseguir el resultado para el que lo contrata; si bajo el prisma de actualidad, más en consonancia con la interpretación vigente de la fricción laboral en su sentido expansivo y atrayente, la citada nota de dependencia se la reduce simplemente a que el trabajo o actividad desempeñada por el trabajador, y por acusada que sea su libertad para realizarlo, siempre ha de procurar un resultado de incremento patrimonial o coadyuvar en el proceso de producción creado por referido patrono, es asimismo claro que la representación de esta finalidad, móvil determinante del trabajo ejecutado, subordina la esfera de ejercicio del trabajador a la preeminente o principal de su patrono; en ambas visiones, pues, resaltada la dependencia, aparece el personalismo del contrato, esto es, la contemplación de las calidades de los interesados, como decisivas para el origen y vida de la relación. Tanto, pues, sea el peso de subjetividad disciplinaria ordenadora del sentido del trabajo —dependencia en su perfil clásico—, como la contemplación objetiva o teleológica de participar voluntariamente en el proceso de producción creado por el empresario —argumento presente—, conllevan a la personalidad rubricada. Aunque esa naturaleza también está presente en la totalidad de presupuestos que estructuran el contrato de trabajo, parece que realizada, como ha sido, en su característica de la dependencia, de siempre sintomática, puede detectarse su haz de manifestaciones en el estudio que sigue, a propósito de contrastar su acaecimiento en el Derecho civil.

b) Presencia en el mismo de los caracteres del Derecho civil en los contratos “*intuitu personae*”.

Por definición, como se ha esbozado, en estos contratos, origen de las obligaciones personales, o de hacer, la consideración de las calidades o circunstancias que animan o concurren en los futuros contratantes, comporta la decisión de su nacimiento y permanencia, de tal suerte que, en puridad, no existe la sustituibilidad en la

ejecución de sus respectivas prestaciones. Esta última nota se ha indicado que cabe ignorarla en la entidad laboral, sin que sufra su naturaleza; no obstante, técnicamente es atendible, sin olvidar que la posible fungibilidad de conducta modula la prestación de hacer personalísimo de la que no lo es. En resumen, hay que subrayar que el relieve de la definición se ubica en la fase generacional y de perfección del contrato —momento en que se contempla quién es el “alter ego”— y no en el de su ejecución, que ya desdice su misma esencia personal, porque lo que entonces interesa es la obtención, en su caso, coactiva del resultado propuesto, al margen de que lo sea mediante tercera persona —obligación de hacer— o por vía de resarcimiento sustitutiva de la prestación específica —obligación personalísima—.

Veamos cómo se reflejan esos caracteres según sean las fases del proceso contractual en uno y otro tipo de contrato:

1) *Manifestaciones comunes en sus fases operativas.*

Los caracteres de la personalidad explicada conducen, naturalmente, a que las circunstancias tenidas en cuenta antes de contratar no sólo han condicionado su existencia, sino que, en otro sentido, si las mismas desaparecen, tanto en su realidad o en la visión representativa que tenga la contraparte del suceso, provocarán la extinción del contrato en cuestión; porque, por su propio sentido, hay que puntualizar que esas circunstancias se modulan conforme a la idea que de su presencia tienen los interesados, o sea, a veces, aunque contradigan la verdad y no las disfruten o posean los sujetos, si el respectivo interesado, no obstante, así él las entiende o visiona, o por el contrario, a pesar de que se mantengan, él estima que ya han desaparecido, se producirá la vicisitud correspondiente en la vida del contrato. Ello es muy significativo, porque explica que sólo la voluntariedad de las partes, que recíprocamente participen de la creencia de las circunstancias personales aludidas, viabilizará el nexo establecido. Ya se verá, en su lugar, cómo opera este particular al momento de contrastar técnicamente la institución del despido.

— *Perfección.*

Sin necesidad de estudiar la etapa de preparación o generación del contrato, esto es, los preliminares o “pprevi” del Derecho italiano, que se entiende sobreentendida en cuanto siempre se precisa un contacto inicial, cambio de impresiones en el que los interesados valoren el contenido de la oferta y la demanda respectivas, la personalidad apuntada en la fase de perfección o nacimiento del contrato, que en el Derecho civil se conforma mediante el otorgamiento del consentimiento negocial en el cual, naturalmente, la decisión “cum animo contrahendo” ha sido fruto de la contemplación recíproca de cada una de las partes en los términos derivados de la fase generacional previa, está igualmente presente en el contrato de trabajo, y como se afirmó, todavía con más intensidad: para el empresario que sólo contrata —es decir, emite su voluntad negocial— cuando

se ha cerciorado de la calidad personal y profesional del trabajador —a la postre su aspecto profesional, vital para la relación laboral, no deja de insertarse en el cúmulo de circunstancias personales por él ostentadas—, y para éste (aunque no con tanta intensidad, como cierta doctrina sostiene e incluso hasta discute) cuando también conoce y acepta todo lo que individualiza al patrono y a él le interesa —v. g., seriedad, solvencia, disposición retributiva, que son atributos de su personalidad—. En otro aspecto, la misma instrumentación del contrato de trabajo, es decir, la materialización de su perfección a través de la observancia de la forma, arroja el influjo civilístico. Sin acudir en esta ocasión al contraste Código civil “versus” Ley de Contrato de Trabajo al respecto, basta considerar que siendo principio universal el de libertad de forma para la perfección de las relaciones de trabajo, en el contrato de este carácter el consensualismo es premisa firme aplicable para su constitución.

— *Consumación. Su tracto sucesivo prestacional.*

Fase en la que el contrato surte sus efectos, y por ende, funciona en plenitud de existencia. Vivificada por el dogma del “pacta sunt servanda”, su mecanismo operativo es semejante en ambos campos del Derecho. En el civil, la ley contractual establecida, consecuencia de la autobligación para cada una de las partes, proporciona el marco de restricción de libertad a que cada uno se somete con la contraparte, y por tanto el contorno que han de cumplir; el contenido del contrato en donde se hallan las obligaciones generadas señala aquéllo que de carácter prestacional se ha de realizar. Afirmar, pues, que esto así ocurre en el contrato de trabajo, no alude más que al significado de su finalidad, o razón de su existencia: La eficacia del contrato de trabajo, o la observancia de sus efectos, objeto de su contenido, no hace sino expresar el logro por el mismo de su destino natural. En cuanto a la nota de personalidad, en esta fase algo soterrada o indiferente, podrá atisbarse, acaso, apreciando cómo en la manera concreta de cumplir cada parte sus respectivas prestaciones puede influir su acervo personal o conjunto de circunstancias o calidad. Ahora bien, conviene subrayar —como un carácter más que individualiza al contrato de trabajo por la forma en que surte sus efectos—, su *tracto sucesivo prestacional*, o la continuidad en su consumación hasta que surja una causa de extinción, lo que, a diferencia de aquellos contratos de cumplimiento o ejecución instantánea, produce la persistencia de ese personalismo mientras transcurre su vigencia o se cumple su proceso de duración, con la particularidad correlativa de que en ese decurso se mantiene el respectivo “facere” en cada una de las conductas de las partes. Al final, se extraerá de esta nota otro argumento para fundamentar la imposibilidad jurídica de imponer coactivamente la perdurabilidad de la relación en contra de la voluntad de uno de los intervinientes.

— *Extinción.*

Fin o término del contrato. Al mismo se puede llegar o por vía regular, cuando al producir sus efectos la razón de ser del contrato

desaparece, o bien porque acaezca un evento previsto o imprevisible, que asimismo lo finiquite; como no se trata de delinear todos los supuestos de extinción, porque ello obedece o se basa en el peculiar contenido o tipo de contrato, basta afirmar que ciñéndonos al tema de los contratos personales, en donde, como se ha repetido, la representación recíproca de las circunstancias opera para cada parte como factor condicionante de su decisión negocial, es claro, como asimismo se indicó, que desaparecidas las mismas se producirá una causa extintiva; ya sea en la realidad de los hechos, ya sea en la particularísima concepción o creencia que cada uno tenga de que existen, cuando esa realidad fáctica o subjetiva desaparece se extinguirá el contrato; por ello, se afirma que la voluntariedad es signo de su permanencia, y que no sólo el mutuo disenso, sino la unilateral voluntad en contrario, conforman uno de los cauces genuinos de extinción de estos contratos, teoría, de consiguiente, aplicable en el campo civil como en el laboral. Demostrar con más detalle esta especial manera de provocar la cesación de los efectos de contratos personales, como por antonomasia lo es el contrato de trabajo, implica ratificar el proceso expuesto: si para contratar cada parte apreció la idoneidad supuesta del otro —v. g., en el empresario, la competencia, lealtad o laboriosidad del trabajador—, lo que conforma su móvil determinante de su decisión negocial, es lógico que desaparecido, en la verdad objetiva o en su convicción, alguna de esas circunstancias, ya carece de base de permanencia para él el nexo contractual, y de consiguiente puede, si quiere, extinguirlo a través de la oportuna acción resolutoria. Lo mismo, y se admite como principio indiscutible, ocurre en el contrato de mandato, típicamente personal, cuando desaparecida la “*affectio*” o ligamen de confianza —“*ratio*” oculta sin duda— se viabiliza su extinción mediante la acción revocatoria: véase el artículo 1.732-1.º del C. c. En su lugar se obtendrá de lo afirmado la utilidad adecuada para potenciar técnicamente la naturaleza del despido.

Identidad de “ratio”.

La respectiva influencia explicada en cada una de las fases del proceso contractual del Derecho civil y el laboral, así como el resalte de su naturaleza personal, se fundamenta en que, cualquiera que sea el campo de juridicidad estudiado o la modalidad o figura analizada, se mantiene la identidad de “*ratio*” de la institución contractual. Con ello se quiere subrayar que precisamente lo apuntado como manifestación de influencia y personalismo equivale, en el campo de los contratos, a la innegable acción o inspiración que el Derecho civil proyecta sobre el laboral, del que actúa como tronco común al ser el otro una disciplina derivada por la especialización de su materia. Entonces la esencia de la fuente informadora se encuentra en el cuerpo informado, que es lo que ocurre en la institución contractual repasada. En sentido distinto se verá cómo la propia naturaleza especializada del Derecho laboral ha innovado la figura contractual y le ha acoplado unos complementos de particular mecanismo que constituyen el objeto del estudio posterior.

2) Diferencias específicas.

a) De contenido ontológico por la fisonomía “sui generis” del contrato laboral.

La información civilística del Derecho laboral, disciplina que pasa sin dificultades escolásticas como incursa en el Derecho privado, no puede desnaturalizar su particular esencia porque, con independencia de cuál sea la justificación de su actual sustantividad producto del fenómeno especializador desmembrante, lo indiscutible es que ostenta suficientes atributos para ocupar hoy la posición concreta que tiene en la dogmática jurídica. Si esto es una realidad inconcusa, el influjo del Derecho común no abarcará la totalidad de su contenido y la propia particularidad de la actividad enmarcada en su funcionalismo sancionador ostentará relieves bastantes para fundamentar su verdadera naturaleza científica.

Se trata de distinguir, dentro de las posibles diferencias que individualizan al contrato de trabajo del típicamente civil, aquellas que efectivamente responden a una situación de hecho distinta, y, por tanto, contienen un presupuesto regulador asimismo diverso, de las otras, que tal vez obedezcan no a un seguro soporte sustantivo, sino al resultado de la política legislativa, que con su intervención ha modulado con criterio diferente lo que en verdad no es más que una incidencia que se deriva de la problemática contractual. Examinémoslas a ambas:

Su masificación.

Tal vez, por tratarse de un dato medible sólo en cantidad y por ende desprovisto de virtud cualitativa caracterizante, quepa desvalorizar su real gravitación para el entendimiento de la naturaleza del contrato de trabajo, y sobre todo para equipar al mismo de un suficiente acervo de elementos individualizadores con respecto al común. A nuestro entender, si bien no se desconoce en principio la contingente realidad de su acaecimiento, y es más, su hasta aparición tardía, según descubre el desarrollo cronológico de la disciplina —nos referimos, claro es, que sólo con el surgimiento de la empresa y la era industrial esa masificación es acusada, aunque en otro aspecto el nacimiento independiente del Derecho de trabajo tampoco ostenta un pretérito superior—, e incluso sin omitir su exacta naturaleza sobrepuesta o efímera, no obstante se estima que reúne significativos elementos para tenerla en cuenta en esa elaboración caracterizante. Se trata, en fin, de destacar que en el Derecho de trabajo suele acontecer un fenómeno que no es habitual en el civil: la posibilidad cierta de que por una misma parte, el empresario, se concierten varios y numerosos contratos de trabajo de igual contenido con trabajadores distintos; esto, tan aparentemente simple, innova o acopla un “quid” genuino a la relación laboral que se detecta tanto en la flexibilidad de los trámites de contratación como en la observancia de la forma completamente libérrima y hasta en los cauces de ulterior aplicación interpretativa. Aunque sea incidir en objetivo diverso, pién-

sese que esa masificación, o elaboración de contratos de trabajo en masa, no es tan superficial en su significado, cuando precisamente constituye, junto con otros factores de cuestionabilidad laboral, una de las causas de la política social de los Estados al reflejar así, con su incidencia subjetiva amplia, la afección para la mayoría de los ciudadanos, en cuanto participan en la producción con su trabajo.

Disparidad posicional de las partes.

Es otra diferencia específica del Derecho laboral respecto al común.

Conviene puntualizar que el sesgo materialista que "a priori" pueda imputarse a esta diferencia es de difícil rechace. Porque afirmar la disparidad posicional no se reduce a que una parte ocupa el lugar del trabajador o asalariado y otra la de patrono o empresa, ya que ello es el distingo terminológico por las respectivas prestaciones asumidas. La disparidad provendrá, sin duda, en que generalmente —se admite la excepción confirmatoria de la regla— la parte patronal disfruta de una posición de preeminencia, está dotada de un cúmulo de asistencias, goza, en fin, de unos recursos patrimoniales que difícilmente pueden detentarse por la contraparte trabajadora. Y así, como también ocurrió con la masificación, esta nota opera con un norte diferente pero muy elocuente y atendible dentro del campo laboral: puede decirse que es otra de las razones para justificar el mayor intervencionismo estatal padecido en la ordenación de esta disciplina jurídica. La influencia que esta característica provoca en el contrato de trabajo, como peculiaridad indiscutible, se obtendrá considerando que uno de los principios orientadores del Derecho contractual es, sin duda, el del equilibrio prestacional, efecto subsiguiente a una previa situación de igualdad entre los intervinientes. En consecuencia, la tarea no sólo interpretativa, sino ordenadora, de la actividad laboral procurará que, en lo posible, no se frustre ni esa igualdad —inalcanzable en la realidad, por lo general— ni se malogre ese equilibrio, por lo que se ajustarán a baremos diferentes, pero adecuados, las respectivas conductas de los protagonistas a lo largo de todo el proceso operativo del contrato.

Trascendencia económico-social.

La directa repercusión que el contrato de trabajo tiene en el fenómeno de la producción económica y en el del bienestar comunitario son aspectos igualmente excedentes en teoría del criterio legislativo ordenador, aunque también sean condicionantes de éste. Puede afirmarse que la principal vía de desarrollo económico de un país se hallará dentro del seno del contrato de trabajo, que es donde siempre se encuentra el factor indispensable de su producción, o, en otras palabras, en donde surgirán las distintas fuentes de alumbramiento de bienes perecederos que, a la postre, compondrán el acervo de aquel proceso. Subrayar que el nivel de vida, el disfrute de esos bienes y, en fin, la situación material de los ciudadanos dependen, en gran parte, de la regulación de su actividad laboral, no es sino descubrir

algo de universal acogimiento. Por tanto, será consecuente la afirmativa de que este contrato esté lo suficientemente previsto y acuse un teleologismo social indiscutible, que no cabe encontrar en el correspondiente contrato de Derecho civil. Cualquier quehacer interpretativo no puede desconocer esta característica, si el mismo aspira a una línea perfectiva; es otro apunte, se entiende, demostrativo de la axiología laboral.

b') De contenido instrumental o de técnica legislativa: Exponente de la política social de los Estados.

Son otras diferencias con el Derecho común, que el contrato de trabajo, de naturaleza personal, puede contener, pero no consecuentes con esa naturaleza ni tampoco extraídos de la realidad fáctica en que se elabora el mismo. Y como anteriormente se examinaron una serie de diferencias "ontológicas" que también repercutían en la ordenación positiva de la relación, es pertinente resaltar que éstas, aunque sean producto de igual tarea legislativa, no tienen la misma significación; las precedentes, porque siendo de general acaecimiento, operaban en la mayoría de los ordenamientos, y éstas, en cambio, pueden contenerse en alguno en particular que, por motivaciones muy particulares de idiosincrasia o situación económico-social, entiende de oportuno acogimiento. El interés de las mismas radica en que a su través se alumbrará cómo aflora la dicotomía básica que se cierne en torno al despido, sobre todo porque fundamenta una de las dos posiciones sobre su naturaleza: la que lo estima como necesitado de regulación pública.

Soluciones tácticas ante el mundo laboral.

Con este epígrafe, acaso no muy afortunado para anticipar la idea en él contenida, se aspira a calificar de alguna forma el fundamento "sui generis" que el legislador de que se trate tiene en cuenta para manipular alguna de las fases del proceso contractual de trabajo. Pero aunque ese proceso deviene por la voluntariedad de los interesados, quienes observando las formalidades legales, en su caso, establecidas —aspectos legislativos originados por las diferencias precedentes—, algunas sinónimas a un intervencionismo sospechoso de juridicidad —v. g., el preaviso a las Oficinas de Colocación Obrera antes de contratar—, sin embargo, como una vez generado y nacido el contrato, su viabilidad o su funcionamiento o no, y, en resumen, hasta su armonía "inter partes", interfieren el mundo laboral, naturalmente, en unión de otros muchos problemas, es entonces cuando el Estado advierte con su control el riesgo que puede presentársele si esa interferencia es sinónima de fricción o por cauces imprevistos puede truncarse esa armonía de su funcionamiento, defendiéndose ante posibles acciones deletéreas de su desaparición. O sea, la libertad para contratar alumbró el acontecimiento laboral que por esencia y significado afecta al proceso de producción económica de la nación; luego todo lo que suponga una innovación del mismo, y más aún, una extinción de aquél, ha de controlarse; si a lo dicho se añade que la

extinción irregular del vínculo, y no por el cauce establecido, puede fomentar el desempleo o desocupación, con el cúmulo de dramas inherentes, se comprenderá por qué ante el problema cada Estado garantice con la solución particular o “táctica” el remedio pertinente. La repulsa de este ingrediente intervencionista en cualquier tipo de contrato de Derecho civil, de naturaleza personal, es clara.

Sistemas liberales: el contrapeso de la huelga.

Las soluciones tácticas indicadas, naturalmente, ni son caprichosas ni tampoco desconocen el nivel mínimo de juridicidad, aunque no ostenten una valoración técnica adecuada que las cohoneste con la naturaleza personal del contrato, que es tanto como la prevalencia, en todo caso y momento, de la voluntariedad de los interesados. Bien es cierto que si ese predominio de la voluntad de los intervinientes es diáfano en los contratos de Derecho civil —ejemplos del mandato, la sociedad, la donación, etc.— personales o con presencia de una suerte de “affectio” recíproca, no obstante en el de trabajo no puede entenderse con igual intensidad esa prevalencia; en otras palabras, no es correcto elevar la voluntad a única ley del contrato laboral, porque, también como se expuso, en el mismo acaecen una serie de circunstancias típicas que sobremanera inciden en estadios superiores que, por necesidad, atraen niveles de atenuación. Mas, en términos estrictos, el juego de la voluntad es imprescindible, aunque ésta esté atenuada o comprimida.

La base jurídica atribuida a estas soluciones se halla en que las mismas procuran, en la medida de su acierto, conseguir o respetar la vigencia del equilibrio prestacional, y más aún su causa generadora (la igualdad posicional de las partes) de tal forma que cualquier tipo de control sinónimo de ese intervencionismo inveterado en la relación laboral se debe justificar porque con él se aspira a destruir “formalmente” el desequilibrio “de facto” antes apuntado. Por supuesto y en consecuencia, todo aquello que suponga la atribución de iguales medios a los interesados para que en la eventual pugna o contacto no existan desniveles tenderá al logro de ese equilibrio.

Se habla de sistemas laborales, de tipo liberal, para indicar aquellas ordenaciones (cada vez más escasas ciertamente, porque la desocupación laboral aumenta hasta en los países más industrializados) que asisten en la relación laboral supervisando la misma, pero sin desplegar mandato alguno; vienen a ser como espectadores de su proceso o incidencias, y como respetuosas con su raigambre civilística: al igual que la relación se generó voluntariamente, debe someterse su operatividad a la voluntad de los interesados, de tal suerte que un disenso en contra habilite su desaparición. Pero, en este caso, ¿cómo se equilibra la real desigualdad entre patrono y trabajador?; desigualdad, como es sabido, que gravita en modo en la fase generacional, por los obstáculos que una oferta escasa puede oponer a una generosa demanda de trabajo, y que, en concatenación, se aumenta cuando consentida la libre extinción de la relación —sistema del despido LIBRE, que luego se examina—, provocará otro sujeto más ávido

por superar o afrontar la antedicha generación. La solución táctica que suele adoptarse por los sistemas de este corte es reconocer asimismo a favor de los trabajadores el llamado derecho a la huelga, el que, se dice, con un aparato de organización sindical correspondiente detenta en sus manos la eventualidad de glutinar a los núcleos de trabajadores para que en un momento determinado paralicen sus actividades y fuercen al empresario a consentir en unos beneficios o derechos; la solución, como se expresa, es “táctica”, y sin que sea éste el lugar “ad hoc” para enjuiciar la cuestionabilidad de la huelga, parece que en este acoplamiento de posiciones para contrarrestar la libertad de acción del empresario a la hora de extinguir la relación laboral con el atributo del trabajador de acudir o iniciar una huelga, quiebra en algún aspecto tan significativo como la experiencia ofrece, pues se estima que no en todos los supuestos el “arma” del despido represente, en verdad, el contrapeso apuntado; a nuestro criterio, acaso la apoyatura sociológica de esta libertad recayente sobre la relación laboral pudiera estar en la dación de circunstancias laborales propicias que acompasen la oferta y la demanda, en economías prósperas en las que el absentismo o desempleo laboral no dramaticen la cuestión social de los Estados, lo que, he dicho, en la actualidad es excepcional.

De cualquier forma, lo relevante al punto es señalar la existencia de estos regímenes, en los que el personalismo del contrato resplandece y en donde, como se verá de nuevo, el despido no es sino el acto unilateral resolutorio del contrato, sin cortapisas legales de género alguno. El hecho de que por esta pasividad pública se reencuentre la savia civilística de los contratos de naturaleza personal no se estima sea mérito reflexivo o buscado por el ordenamiento de que se trate; será, a lo sumo, coincidencia obtenida merced al estudio de sistematización expuesto.

Sistemas de autoridad: cercenamiento de los derechos del contrato en aras a su estabilidad.

Ciertos Estados —cada día más— intervienen decisivamente, a través de su política social, en el mundo laboral, y siendo, como se razonó, el contrato de trabajo el origen de esa realidad, la incidencia de su política se proyectará básicamente fijando la ordenación de la misma. A los regímenes de este cariz se les califica de autoridad, porque sin perjuicio de que organicen el concierto comunitario en general con unos presupuestos cuya exclusiva finalidad es el mantenimiento del orden público y social, que supeditan en su respeto el ejercicio de los derechos cívicos, igualmente expanden su acción imperativa en cualquier campo de la convivencia que pueda acunar eventualidades de alteración de aquel orden o de la legalidad establecida, con independencia de cual sea la naturaleza del fenómeno ocasionado al menos en los países más representativos; y, por supuesto, de los que no ostentando matiz político alguno pueden influir intensamente en el esquema coactivamente impuesto, sin duda, se encuentran los provenientes del mundo laboral, porque al afectar a un gran número de

dor los atributos que originariamente tuvo y sirvieron para trabar el nexo, le asiste el derecho de resolver el contrato existente.

La dualidad, pues, examinada opera directamente en la institución del despido, como se verá a continuación.

C) *Explicación del despido en la precedente exposición.*

Se anticipó al comienzo del estudio que el despido conceptualmente ostenta una idea afín a la vibración popular de la palabra: Dentro del contrato de trabajo, en cuyo expediente se encierra, significa la extinción del mismo, a consecuencia de la desaparición de la base personal que actuó en su generación como factor representativo condicionante. Según se asista a una completa libertad de las partes para su funcionamiento, o bien el mismo se subordine al control público establecido, así se alcanzará la siguiente dicotomía individualizadora del mismo.

a) El despido libre: término del contrato por voluntad de las partes. Su relieve técnico-jurídico.

En los llamados sistemas liberales, la institución del despido opera automáticamente conforme a los deseos de alguno de los interesados. Se dice, entonces, que rige el principio del despido libre, en cuanto depende de la voluntad partícipe que la relación se extinga o no. Se razonó que esta tesis es la que se cohonestaba con el verdadero carácter del despido, dado que actúa en la última fase en que estructuralmente se descompone el contrato de trabajo, por esencia, de naturaleza personal. Efectivamente, la base representativa que de las circunstancias de cada interesado tiene el otro, es la razón determinante del proceso contractual, de tal suerte, que desaparecida esa base se termina la relación; y como las citadas circunstancias en posesión de cada parte son relevantes en tanto en cuanto la otra así las tiene en cuenta, se concluye en que a su albedrío puede paralizar la trabazón negocial existente; cifándonos al despido, en su modalidad de libre, es obvio que, por ejemplo, si al empresario no le interesa, por el motivo que fuere, la continuación del trabajador a su servicio, es porque esa falta de interés, en su estimativa técnica, equivale a que, en su sentir, ya no reúne alguna de las circunstancias que originariamente tuvo al contratarlo; luego la consecuencia resultante será que, desaparecido ya el factor de representación personal, se habilita el término del contrato.

b) El despido reglado: subordinación a la ordenación legal contraria a su naturaleza. Su justificación económico-social y alcance de la misma.

Propio de los sistemas de autoridad, el despido reglado es la manifestación más contundente del intervencionismo estatal en la relación laboral, y mediante el mismo se establece que únicamente podrá funcionar cuando se cumplan los supuestos expresamente impuestos por la ley. Fácilmente se comprende que se interpola en el proceso contractual un elemento de extraña génesis, pues si el contrato se

constituyó voluntariamente en virtud de las circunstancias personales de los interesados —consecuente con su naturaleza personal—, sin interferencia de clase alguna, si, además, el mismo ha dado muestras de su vigencia a través del cumplimiento de las respectivas prestaciones de las partes sin tampoco el peso de resortes impropios, acaece que en su última fase, cuando asimismo había de jugar exclusivamente la mutua intención de los contratantes, aparece la disciplina del legislador que, escamoteando el derecho de uno de ellos, lo condiciona a la observancia de las formalidades instituidas. Se dirá que hasta cabría la posibilidad de un hermetismo legal que sancionara al despido como institución PROHIBIDA; no se ha individualizado esta hipótesis, porque carece de mínima justificación racional, pues el sistema que así lo entendiera desconocería, en su caso, que el acatamiento de su observancia produciría más fricciones que armonías en el concierto laboral, porque, en resumen, obligaría a la perdurabilidad de una relación laboral personalista, *en contra* de la voluntad de una de las partes; aunque criticable, en la puridad técnica, el sistema del despido reglado es la máxima manifestación a que puede alcanzar la ordenación superpuesta de una legalidad informadora.

Ahora bien, que en la ponderación jurídica, que siempre aspira a la fidelidad y respeto de la naturaleza de las instituciones, el despido reglado sea censurable, por esa “despersonalización”, no conduce a una correspondiente afirmación si se analiza desde otros puntos de vista; sin que con esto se alabe al sistema de que se trate, simplemente se trata de advertir que, a veces, la regulación del despido, la vigencia del llamado despido reglado, puede justificarse por otros motivos instrumentales que sopesados con otras balanzas distintas a la jurídica, reúna razones suficientes para su mantenimiento. En otras palabras, si se parte de una comunidad de economía deprimida, en la que afloren el desempleo —como se indicó— y el número de individuos sin trabajo, que virtualmente padecen situaciones de desamparo material, causa de su descontento o rebeldía, es natural que el Estado en cuestión intente, paliando este fenómeno, reducir la incidencia de sus afectados, y en consecuencia, reglamentado el despido, únicamente lo viabilice cuando se den motivos justificados para su determinación. Si además se añade que, de hábito, el autoritarismo político desconoce ciertas libertades laborales que pudieran, tal vez, doblegar la preeminencia de los patronos a través de la existencia de grupos de presión sindical, el recurso de la huelga, etc., medios todos que, sin justificarlos, atenuarían esa preeminencia o el temor del despido, honestamente hay que admitir que el criterio del despido reglado equivale a una solución, inicialmente la más ventajosa para la esfera de trabajadores, porque, en otro aspecto, a su socaire, se tiende a la consecución del principio de igualdad posicional, dogma inconcuso en el Derecho contractual. En resumen, se estima que en el plano de política socio-económica de una cierta comunidad, el sistema de autoridad que imponga el despido reglado contiene atributos para considerar su admisibilidad. El alcance de los efectos propios de este despido reglado es lógico entenderlos con absoluta fidelidad, es de-

cir, que sancionándose un despido como no justificado, y por tanto ilegal, los interesados habrán de pasar por sus consecuencias. En su lugar se enjuiciará el verdadero valor de esta afirmación, aparentemente inatacable.

II.—*Concepto y naturaleza del despido*

Explicada ya la exacta ubicación del despido, dentro del Derecho de trabajo, así como su exacta significación técnico-jurídica en razón a la influencia recibida por aquél del Derecho civil, determinante de la presencia en el contrato laboral de las notas individualizadoras de los llamados contratos de base personal, se impone, ahora, determinar su concepto, no en su línea institucional, que ya está suficientemente elaborado, sino en la síntesis definitiva reveladora de su verdadero carácter.

Puede, en esa tendencia, concebirse al despido como aquella institución propia del Derecho de trabajo mediante la cual una de las partes manifiesta su voluntad de no continuar la relación laboral existente, produciéndose a consecuencia de ello la automática extinción de la misma. En esta definición se estima que se resumen los elementos que individualizan técnicamente al despido, pues se alude no sólo a su enmarque "sui generis" dentro del Derecho de trabajo —única disciplina, como se sabe, que la acoge—, el voluntarismo en su viabilidad, fruto del personalismo del contrato de trabajo, y la proyección de sus efectos determinante de la desaparición de la relación, que es, en particular, su nota más significativa.

Al hablar de naturaleza del despido, y como se ha concluido que por unas causas o por otras, el jurista se enfrenta con la dicotomía de su tratamiento que ocasiona la existencia de unos sistemas acogedores del llamado despido LIBRE, mientras otros siguen el del despido REGLADO, al margen de su mayor o menor aproximación a su fuente de inspiración civilística, debe abordarse la atinente a cada uno de ellos.

A) *Causa de resolución contractual de libre ejercicio.*

Es la naturaleza correspondiente al denominado despido LIBRE. Para su configuración conviene especular sobre el matiz jurídico que tiene la conducta del contratante, por lo general, el empresario, que con su disenso hace uso del despido y extingue la relación laboral. No hay duda que dicha conducta, en cuanto determina unos efectos, engloba el ejercicio de un derecho a través de la acción correspondiente, que debe valorarse a la luz del Derecho civil, porque, en definitiva, su información resplandece en la órbita del contrato de trabajo, que percibirá el impacto de la acción en cuestión. Si memorizamos las causas de ineficacia de los contratos, en general, y extraemos las de modalidad sobrevenida, o sea, aquellas que producen la cesación de los efectos del contrato válidamente constituido y operante hasta entonces, se recordará que, aparte del grupo representado por la rescisión que siempre opera cuando acaece "a posteriori" un perjuicio económico para una de las partes sancionado "ope legis"

—de aquí la torpeza manifiesta del calificativo de acción rescisoria que hace el artículo 97 L. P. L.—, las demás causas afloran al Derecho, bien por la vía de la revocación excepcionante de la irrevocabilidad de los contratos, o por la de la resolución que tanto se haya previsto de antemano con la condición o tanto se presuponga inmersa por la naturaleza de la figura, producen asimismo esa ineficacia cuando el contrato ha surgido en razón a la “personalidad” de los contratantes: v. g., mandato, donación, sociedad, etc.; pues bien, se entiende que eludiendo el término de revocación, porque excepciona el “*pacta sunt servanda*” sin que a su vez individualice nítidamente su presupuesto desencadenante, se opta por el término resolutorio que sí explica suficientemente un significado propio de cesación de efectos de un contrato de base personal por el cambio de voluntad de una de las partes. La acción, de consiguiente, ejercitada por el contratante de que se trate, es de tipo resolutorio, ubicándose, pues, al despido, en su explicación técnico-jurídica, como de naturaleza propia con la resolución contractual, y cuyos efectos determinan la desaparición del vínculo laboral. Y resulta sorprendente que el legislador patrio en la L. P. L., artículo 97, hable de facultad *rescisoria* al referirse al despido, cuando precisamente en su artículo 1-1.º, párrafo 2, a propósito de los conflictos colectivos de trabajo puntualice exactamente la naturaleza de los despidos producidos a consecuencia de los mismos, denominándolos “decisiones de *resolución* de los contratos de trabajo adoptadas por las empresas”.

B) *Causa de resolución contractual condicionada a la regulación de supuestos legales.*

Es la naturaleza atinente al despido REGLADO, o permitido sólo en los supuestos determinados por la ley. También, pues, se configura a este despido como causa de resolución del contrato, porque contiene los requisitos fundamentales de la resolución: actúa en un contrato válidamente constituido, y vigente hasta entonces; surge por una manifestación de voluntad de las partes y produce la cesación de sus efectos; tan sólo la circunstancia de que no se pueda utilizar con libertad, o ejercitar la acción sin sometimiento alguno, como ocurría con el despido libre, puede desvirtuar esta caracterización, aunque, realmente, lo que importa es subrayar aquella dación de circunstancias, y tan sólo agregar que el hecho de que su puesta en funcionamiento dependa de la observancia de la ley, sólo implica una reducción actuatoria para su titular, y, siempre, en última instancia, porque la conducta consiguiente anidará el deseo resolutorio expresado en cualquier caso o eventualidad, con independencia de cual fuere el veredicto jurisdiccional condenatorio de una acción de despido no conforme con la ley.

CAPITULO SEGUNDO

EL DESPIDO EN EL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL

I.—*Vigencia del denominado despido reglado.—Normativa legal: Artículos 76 y siguientes de la Ley de Contrato de Trabajo y 97 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral y Leyes Fundamentales.*

Corresponde ahora, y una vez esbozada la precedente teoría general sobre el despido, a tenor del sumario del tema, estudiar la regulación del Derecho positivo español. Labor que, consecuentemente, habrá de dilucidar, en primer término, cuál es la posición que nuestro ordenamiento ocupa referente a la dualidad de tesis inveteradamente existentes al respecto. Se insiste que al punto debe excluirse la extrema concerniente a la vigencia del despido “prohibido”, porque repugna los elementales atributos que su significado representa en la relación laboral, y es que, tal como se ha repetido, por muy intensa que fuese la manipulación “de lege data” con evidente despersonalización de su naturaleza, jamás sería concebible la imposición de una permanencia del contrato de trabajo en contra del deseo expreso de uno de los interesados. Por ello, valga la expresión, en la diatriba de las dos posturas antagónicas, despido libre “versus”, despido prohibido, no cabe sino, al responder la primera a su prístina esencia, sustituir la segunda por deletérea, con una suerte de “tertium genus” conformada por el despido reglado.

La legislación patria acoge el sistema del despido reglado, o supeditado a la ocurrencia de alguno de los supuestos admitidos por la norma; esta afirmación categórica, evidencia del intervencionismo estatal en la materia, se refuerza porque no sólo se manifiesta la gravitación pública en ese estadio de sustantividad, sino que, para remarcar más la necesidad de que la operatividad de la institución se canalice por vías regladas, asimismo, se la ha dotado de un acervo de preceptos que viabilizan su dinámica a través de la instancia jurisdiccional; en efecto, como se verá, existe una reglamentación “ad hoc” del proceso especial por despido, en donde se ventilarán todas las cuestiones planteadas al efecto, que también será objeto de análisis.

Consecuente con la idea básica inserta en el Fuero del Trabajo de consagrar el derecho inviolable al trabajo y la tutela del Estado para obtener su realización; el texto positivo especial, representado por el Decreto de 26 de enero de 1944, por el que se aprueba el texto refundido del libro I de la Ley de Contrato de Trabajo, en su capí-

tulo VII, al regular la extinción del contrato de trabajo, en sus artículos 76 y siguientes, reglamenta la institución. En su primer artículo 76 es donde “nominatium” se le menciona, expresándose: “Los contratos de trabajo terminarán por alguna de las causas siguientes: ... 8.^a Despido justificado del trabajador por el empresario. 9.^a Por voluntad del trabajador”; en el 77 se especifican las causas justas de despido del trabajador por el empresario en un elenco irrebasable, y, particular, con un contenido totalmente coherente con su carácter “personal” —véase, v. g., que hasta la “falta de aseo” se tipifica—; el 78 establece las causas justas para que el trabajador voluntariamente resuelva el contrato —“dé por terminado” el mismo—; el 79 confirma que ninguna otra causa no prevista anteriormente será motivo de despido, así como tampoco suspendido, según el 80, y finalmente el 81 regula las consecuencias del despido según sea o no conforme con la anterior normativa. Por su parte el Decreto 2.381/1973, de 17 de agosto, por el que se aprueba el texto articulado segundo de la Ley 24/1972, de 21 de junio, relativo al Procedimiento Laboral, en su libro II, sobre “Procesos ordinarios y especiales”; título II, “Procesos especiales”; sección 2.^a, “Despidos y sanciones”; artículos 97 y siguientes, fijan los trámites procedimentales para decretar el despido, incluso, como se verá, adicionando pronunciamientos de tipo sustantivo que se corresponden con los precedentes —algunos se especifican— de la Ley de Contrato de Trabajo; por último, en su sección 3.^a, artículos 107 y siguientes, se habla de los “despidos especiales”.

Como toda esa normativa será objeto de un detenido estudio, procede en este momento subrayar cuanto sigue:

- Que la tesis del Derecho positivo español es la del despido reglado, o sea, el permitido sólo cuando “de lege data” así se sanciona; el empleo de “causa justa de despido” que reiteradamente se hace conduce a admitir en perfecta sinonimia al despido JUSTIFICADO como al JUSTO o al PROCEDENTE, frente al injustificado, injusto o improcedente; la fragmentación terminológica no es sino consecuencia de la vigencia de la referida tesis, porque será de una u otra clase según esté o no conforme con la “regla” jurídica instituida.
- El encaje sistemático de la figura es irreprochable al incluirlo “ad hoc” en la fase de extinción del contrato de trabajo.
- Se observa que se reserva el término despido a cuando su ejercicio se verifica a instancias del empresario, mientras que si el efecto extintivo de la relación laboral proviene del trabajador se escamotea la figura, sustituyéndosela por la voluntad de éste; de ello conviene aprovechar: que el artículo 76 L. C. T., partiendo del contenido indiscutible de voluntariedad que tiene el juego del despido en la extinción de la relación, así lo menciona cuando proviene del empresario, mientras acoge su esencia sólo volitiva cuando lo es de parte del trabajador, con

lo que, al fin, no hace sino realzar esa esencia, y es que en este cambio de palabras, que encierran igual concepto, suele acontecer que en ello gravita un fenómeno difícilmente aprehensible si no se ha contemplado en su conjunto la problemática envolvente; efectivamente, en razón al fundamento del criterio “de lege data”, que se recuerda ha de provenir de la circunstancia socio-económica del país, se entiende que, de hábito, la acción que debe controlarse es la dimanante del empresario, y así se la constriñe a que se apoye en una causa justificada, mientras que si actúa el trabajador, su libertad de acción se encuentra en la mención de su voluntad; de esa forma se tutela a la parte económicamente débil y se palian los efectos nocivos del desempleo —“ratio legis” del sistema—.

II.—Especial consideración del despido improcedente.—Su inclusión dentro de las categorías de despido reguladas

¿En qué clases de despido se diversifica la tesis del despido regulado sostenida por la legislación española?

La intensa regulación del despido en el Derecho positivo español, no sólo en su aspecto sustantivo, sino en el adjetivo o procedimental, derivación inmediata del acogimiento del sistema de despido regulado, comportan el siguiente elenco de variedades en la institución:

a) Supuesto general: despido ordinario en el conflicto individual de trabajo.

Es la hipótesis recayente en la mayoría de los casos y se matiza la misma por estas dos notas individualizadoras, consecuencia de su misma generalidad: 1) Se halla regulada procesalmente bajo la rúbrica de “procesos especiales” en el citado título II de la Ley de Procedimiento Laboral, con el nombre genérico de “despido”, y por tanto afecta a la totalidad de trabajadores que por no ostentar ninguna circunstancia profesional o representativa cualificada por la ley se incluyen dentro de la normativa de citado título. 2) El hecho del despido, o la acción unilateral del empresario, proviene de la existencia de un conflicto individual en la relación de trabajo vigente, es decir, cuando el presupuesto fáctico del despido, técnicamente, la desaparición de la base representativa del contrato, afecta a uno o varios trabajadores, pero no a la totalidad de los componentes de la plantilla de la empresa que actúa como contraparte, o un grupo profesional de la misma por no ser la causa de la pugna la dación de circunstancias laborales semejantes.

En este supuesto, las clases de despido son las siguientes: a) Si el despido es *prócedente* o por causas imputables al trabajador, no tendrá éste derecho a indemnización alguna, artículo 81-1.^a de la Ley de Contrato de Trabajo, y 102-1.^o y 103, primer inciso, de la Ley de Procedimiento Laboral; y si existen motivos justificados, pero involuntarios para el trabajador, actúa la vigencia del 81-2.^a b) Si el despido es sin causa justificada, o sea, incumpliendo el artículo 77 de la Ley

de Contrato de Trabajo, se calificará el mismo de IMPROCEDENTE, con las sanciones establecidas en el 81-3.^a, en relación con los artículos 102 y 103 (determinante de la opción readmisoria o indemnizatoria del artículo 104, todos de la Ley de Procedimiento Laboral).

c) Cuando la terminación del contrato sea por causas justas del trabajador, la sanción será la del 81-4.^a, en relación con el 78 de la Ley de Contrato de Trabajo, y si es por abandono del propio trabajador, su condena se recoge en el 81 repetido "in fine". d) Finalmente, y sin duda para preservar al propio trabajador de conductas equívocas o físicamente concluyentes y acaso inatacables por la exigente caducidad de la vía reglamentaria del artículo 82 de la Ley de Contrato de Trabajo y 92-2.^o de la Ley de Procedimiento Laboral, que, a su vez, debiliten su debida defensa por inspirar indefensión, la legislación tuteladora de la rama social del Derecho recurre excepcionalmente, dada su naturaleza y realismo, al formalismo de la comunicación escrita, siempre que el empresario pretenda unilateralmente resolver el nexo laboral (con lo que, por otro lado, se procura dotar de certidumbre inicial al plazo de caducidad impuesto en los mentados artículos), como sanciona el artículo 97 de la Ley de Procedimiento Laboral, que exige la verificación de la facultad "rescisoria", en pureza técnica más próxima de la resolutoria, del artículo 76 de la Ley de Contrato de Trabajo, precisamente por escrito, de tal modo que su inexistencia —aun admitiendo dialécticamente la concurrencia de alguna de las causas indicadas en los artículos 77 y 81-3.^o de la Ley de Contrato de Trabajo— atraerá "strictu sensu" la calificación de ese despido como NULO, por aplicación general del artículo 4.^o del Código civil, y con los efectos particulares del artículo 102 "in fine" de la Ley de Procedimiento Laboral, y los correspondientes a tal estimación ínsitos en el "quod nullum est nunquam producit affectum", debidamente explicados por copiosa jurisprudencia; semejante requisito formal, por último, no sólo se extrae del citado artículo 97, Ley de Procedimiento Laboral, sino por exclusión, de su artículo 106, y, su importancia para la litis, determinante del alicance de la oposición del demandado en su artículo 100, y ello sin perjuicio de la otra hipótesis de nulidad prevista en el artículo 116 y con las consecuencias del 117, ambos de la Ley de Procedimiento Laboral. e) Y, por último, debe hacerse alusión, aunque no en una contemplación exhaustiva, del llamado despido DISCIPLINARIO, que acaece por infracción de normas insertas en las respectivas ordenanzas, o reglamentaciones de trabajo, que asimismo determinarán la improcedencia o no del mismo, según se compruebe si, en efecto, ha existido la vulneración apuntada y siempre con respeto de la normativa contenida en la anterior clase b).

b) Supuestos especiales: Por la particular circunstancia que en ellos concurre: 1) Bien porque así se halla regulado por la ley, como ocurre en las hipótesis contempladas en la sección 3.^a del citado título II de la Ley de Procedimiento, libro II, artículos 107 a 116, y que comprende: Despidos de trabajadores que ocupen cargos sindi-

cales electivos, de médicos de empresa —artículo 111—, de personal obrero al servicio de F. E. T y de las J. O. N. S. —artículo 112— y los atinentes a las crisis laborales del artículo 114. Especialidades que se canalizan por el proceso especial correspondiente de dichas normas.

2) Despidos por conflictos colectivos de trabajo: Cuando producido un conflicto colectivo, esto es, una pugna laboral que afecta a un grupo o a la totalidad de la plantilla de una o varias empresas con idénticas circunstancias laborales origen o causa de esa pugna, y en consecuencia, se convulsionan todos los contratos de trabajo existentes a la sazón, se adoptan medidas que alteren la permanencia de dichas relaciones, se atraerá la aplicación de toda una normativa especial que, básicamente, se encuentra en el Decreto 1.376/1970, de 22 de mayo, sobre regulación de conflictos colectivos de trabajo, y demás disposiciones concordantes. El cauce que habrá de seguirse para la resolución sobre los despidos derivados de estos conflictos colectivos, naturalmente, habrá de observar la ordenación especial indicada, conforme a los artículos 97-2.º y 103 L. P. L.

A) *Concepto y significado del despido improcedente.*

A tenor de lo indicado, el despido improcedente, fruto de la presencia del llamado sistema del despido reglado en nuestro ordenamiento, será aquel que realizado por el patrono con observancia del formalismo instrumental establecido —que lo aparte de su calificación de nulo—, no obstante, y por no fundarse, mediante la prueba correspondiente en juicio, en alguna de las causas justas marcadas por la ley, se decreta jurisdiccionalmente su inviabilidad. Como se ha expuesto, se regula en su aspecto sustantivo en los artículos 76-8º, 77 y el 81, párrafo 3.º, de la Ley de Contrato de Trabajo, y en los 101 a 105 de la Ley de Procedimiento Laboral, que luego se examinan.

Lo que interesa ahora es destacar, en punto a su concepto y significado, que el llamado despido improcedente es el efecto más inmediato de la coactividad legal, al representar la repulsa y su condena cuando se han incumplido las causas justificativas del mismo. Por ello, se dijo que también cabe denominarlo como despido injustificado, al no apoyarse en una justificación o base suficiente según la previsión normativa (ese “*nomem*” late en el mismo artículo 81 L. C. T.); igualmente sería más acertado calificarlo como despido INJUSTO, y ello sin necesidad de recurrir a la teorización de la idea de la justicia, porque en su relieve literal, la inexistencia en este despido de una de las causas “justas” señaladas, será porque su causa —que siempre existirá, al menos para el empresario— es no justa o injusta, en la misma idea que proclaman “*nominatim*” los artículos 1.584 y 1.586 del Código civil al hablar del despido “*SIN JUSTA CAUSA*”, al referirse a los criados y demás trabajadores asalariados en el arrendamiento de servicios.

En definitiva, el calificativo de despido improcedente es de naturaleza instrumental y despersonalizador de la esencia del contrato —como se razonó en su visión técnico-jurídica—, efecto del inter-

vencionismo estatal en la materia, y sólo aparece cuando la libertad de acción del patrono al acordar el despido es compulsada con la balanza de la legalidad, y el resultado es condenatorio; obvio es que sin dicha legalidad el despido ni sería calibrado, ni por tanto rehusado por el órgano jurisdiccional.

B) *Su regulación legal. Clases de despido improcedente.*

La normativa legal puede sistematizarse del siguiente modo:

Concepto: Conforme al artículo 102 de la L. P. L., el despido se calificará por el Magistrado de Trabajo de improcedente en todos los casos en que no sea procedente, esto es, cuando en el juicio correspondiente no haya sido alegada la causa en que se fundamente, o cuando alegada ésta no se haya probado en forma debida, siempre y cuando la compulsión de estas causas se haga a tenor del elenco fijado en el artículo 77 de la L. C. T. Ya se verá el alcance clasificatorio de este concepto, obtenido, pues, por exclusión.

Causas determinantes: En una elemental ponderación aplicatoria de la normativa legal, el cauce por el que se alumbra la calificación del despido como improcedente será mediante la siguiente trilogía:

1) Cuando realizada por escrito la comunicación del despido al trabajador, no se indique causa alguna que lo explique. Es el supuesto que en el concepto se equipaba mediante la fórmula de "no alegación de la causa", conforme al citado artículo 102; esto es así en la estricta ponderación técnica de la hermenéutica legal, y con independencia de que priven otros criterios entendedores del tema, a veces tal vez forzados por la problemática que gravita sobre la ejecución de los despidos nulos o incluso calificándolo de nulo por literalidad rígida del artículo 97 L. P. T., que luego se comenta.

2) Cuando alegada en el despido la existencia de alguna de las causas del artículo 77 (todas, como se expresó, alusivas al contenido personal y profesional del contrato, traducción de la calidad y circunstancias del artículo 1.161 del C. c. que caracterizan a los contratos de Derecho civil generadores de obligaciones de hacer personalísimo, fuente inspiradora de la materia) de la Ley de Contrato de Trabajo, sin embargo, el patrono no la prueba en debida forma en el proceso; aquí, pues, la ley innova el principio de la carga de la prueba tradicional de "actor incumbit probazione" por el más actualizado de que, aunque el patrono actúe como demandado, será él quien peche con la carga al aspirar a una viabilidad de acción resolutoria, luego impugnada por el trabajador, que le sitúa en agente de un hecho constitutivo de su pretensión que habrá, pues, de demostrar. Este cauce también está expuesto en el mentado artículo 102 de la L. P. L.

3) Cuando el patrono en su decisión comunicada de despido aduzca otra causa distinta de las recogidas en el referido artículo 77, porque aunque la pruebe en el proceso, sin embargo al no estimarla

la ley como justa —L. P. L.— o justificada —L. C. T.— esto es determinante de la resolución del contrato, no podrá prosperar su pretensión y se calificará al despido como improcedente. De nuevo resplandece el control de legalidad impuesto al contrato de trabajo, y por ende la libertad del patrono restringida ya que cualquiera que sea la circunstancia o calidad del trabajador que determinen su decisión de resolver el nexo, y así lo exponga en los hechos de la comunicación —artículo 97 L. P. L.—, si éstos no configuran alguna de las causas del 77, serán irrelevantes para la procedencia de su deseo.

— *Consecuencias sancionadoras.*

La resolución jurisdiccional que decrete que un despido es improcedente, esto es injustificado, por no ser conforme con la ley, en principio, debería acarrear sin más la restauración, en todo caso, de la relación laboral indebidamente resuelta; esto que sucedería en línea de principios, se atenúa en la ordenación legal, según los supuestos. Sin perjuicio de luego insistir en el tema, baste ahora anticipar que acaso el no seguimiento de esas consecuencias absolutas responde a la imposibilidad de obligar rotundamente a una parte a mantener a la otra a su servicio laboral, sin duda, por el repetido contenido personal de la relación que liga a ambas. Esta idea late plásticamente en la siguiente expresión popular: “¿Cómo es posible servir —el trabajador— a quien no quiere utilizar esos servicios —patrono—?”

Las consecuencias que “de lege data” lleva consigo la calificación jurisdiccional de un despido improcedente son:

Aparte de su mención “nominativam” en la sentencia —artículo 102—, y conforme con el artículo 81, párrafo tercero —despido sin causa justificada—, de la L. C. T., el artículo 103 de la L. P. L. sanciona que se condenará a la empresa a que readmita al trabajador o le abone una indemnización cuya cuantía fijará concretamente, sin que en ningún caso pueda ser superior al importe del sueldo o jornal de un año; el repetido artículo 81 explica que la readmisión será en igual puesto e idénticas condiciones que venía desempeñando, y respecto a la indemnización, su importe se fijará por el Magistrado a su prudente arbitrio, teniendo en cuenta la facilidad o dificultad de encontrar otra colocación adecuada, cargas familiares, tiempo de servicio en la empresa, etc. A continuación ambos artículos regulan la conocida OPCIÓN, estableciéndose que será a favor del empresario cuando ocupe menos de 50 operarios fijos, y al trabajador si excediere de este número, opción concedida siempre al empresario cuando se trate de un conflicto colectivo. Asimismo en el artículo 104 de la L. P. L. se fija que se concederá al trabajador que hubiese sido despedido una indemnización complementaria equivalente al importe de los jornales que hubiera devengado durante la sustanciación del procedimiento, a partir de la fecha de la solicitud de la conciliación sindical, y, en su defecto, de la de la demanda ante la Magistratura; son los conocidos salarios de “tramitación”, cuyo límite final, de hábito, se fija hasta la firmeza de la sentencia que los imponga.

Fácil es deducir de esta normativa que la peculiaridad que matiza esa observancia rotunda de los efectos del despido improcedente, al no restaurarse SIEMPRE EN TODO CASO la relación laboral, al consagrarse esa OPCIÓN, produce un “focus” de cuestionabilidad que precisamente, por ser norte del estudio, será objeto de especial mención.

Por último, en cuanto a las clases de despido improcedente rubricadas, corresponderán a la trilogía de sus causas determinantes antes expuesta, esto es:

1) Despido improcedente por no alegación de causa alguna, entendiéndose la alegación no sólo en la comunicación por escrito, sino en el proceso. Cabe el interrogante: ¿cuál será la calificación del despido cuya comunicación por escrito no contenga los hechos que lo motivaron, a que se refiere el artículo 97 L. P. L.? ¿Será, sin más, nulo o improcedente? Por lo primero, se inclinaría una visión literalista del repetido artículo 97 que exigiera no sólo la observancia de la comunicación por escrito, sino su contenido literal de “fecha y hechos que lo motivaron”; por la segunda, la que estimara que por parca que fuera la comunicación, siempre contendría el dato relevante del despido, que “per se” es un hecho, aunque, claro es, cabe refutarla porque la ley lo que exige es hecho “motivador”, que es tanto como causa fáctica del despido, que es el efecto. Cierta doctrina, no muy reiterativa en su criterio en la actualidad, parece que debido a las dificultades de ejecutar una sentencia en la que se declare la nulidad del despido, se inclina por la improcedencia del mismo; no obstante se insiste que el respeto a la sanción propende a la literalidad, y por tanto a su inclusión dentro del despido nulo por inobservancia parcial, pero inobservancia al fin, de la disciplina apuntada.

2) Despido improcedente por no probar la causa alegada; generalmente es el supuesto ordinario.

3) Despido improcedente porque los hechos que contenga la comunicación, o alegados, no se refieran a ninguno de los incluidos en las causas justas del artículo 77 L. C. T.

Estas tres clases se estima que absorben la expresión de “en todos los demás casos” que menciona el artículo 102 L. P. L.

C) Conclusiones de su regulación.

a) El despido improcedente es un despido INJUSTO.

Aparte de ser un despido INJUSTIFICADO, o producido sin causa justificada, según el artículo 81 L. C. T., ya se dijo que también y esencialmente era un despido injusto.

En efecto, si la consecuencia de la tesis del despido reglado admitida por nuestro Derecho necesariamente obliga a que los interesados observen, con todo el peso de la coactividad normativa, la disciplina legal de “ius cogens” existente, cuando, pese a ello, se vulnera lo establecido, la condena no puede ser más categórica, más rotunda,

y entonces la calificación de esa repulsa se verifica merced al término “improcedente”. Aunque el asunto se adentre en derroteros didácticos, conviene puntualizar que, conforme a lo regulado, esa improcedencia, aunque denota la inviabilidad de la medida, no es calificativo consecuente con su precedente apoyatura normada; en efecto, como se ha visto, la Ley de Contrato de Trabajo, imperativamente, y tras consagrar que el contrato se pueda extinguir conforme al número 8 de su artículo 76, a través del despido JUSTIFICADO del trabajador por el empresario, en el 77 menciona que ese despido justificado lo será cuando se funde en alguna de las causas JUSTAS de despido previstas con carácter de “*numerus clausus*”, conjugando de nuevo ambas expresiones —“justificación” y “causa justa”— en el artículo 81, párrafo tercero, al hablar del despido SIN CAUSA JUSTIFICADA; o sea, el proceso determinante de la calificación de improcedencia se obtiene porque el despido es INJUSTIFICADO, SIN CAUSA JUSTIFICADA, SIN CAUSA JUSTA; luego si la propia ley emplea en perfecta sinonimia las palabras “injustificado, o sin causa justificada”, asimismo al utilizar “sin causa justa” habilita la expresión del despido INJUSTO. De cualquier forma se estima que tanto la calificación de despido injustificado como injusto reúne mayores ingredientes de comprensión y repulsa que el, tal vez, más aséptico y propio de un mundo relativo o burócrata, de improcedente; no se ignore que el sujeto de la normativa a la sazón, por lo general miembro de una escala social muy ancha, encontraría un eco superior en las calificaciones referenciadas.

Sin abordar la temática de la injusticia, en su contrapeso al dogma teleológico del Derecho, y consecuencia con esa razonada identidad entre el despido improcedente y el INJUSTO, basta añadir que cualquiera que fuera su patología y los instrumentos para inutilizar su dinámica, siempre estará presente, como principio de obediencia elemental, que lo injusto es doblemente condenable, tanto porque se presume su contradicción con la ley existente como, sobre todo, porque de su misma concepción se deriva ya la afección perjudicial y lesiva para el destinatario o víctima de su realidad. Será inútil abundar en idea tan diáfana.

b) Su inviabilidad “*ope legis*”. Normatividad de “*ius cogens*”.

Dejando, en este perfil, el resultado de condena antes razonado, a través de las resonancias inveteradas de lo injusto, y el ínsito en la propia definición de improcedencia, en un sencillo contraste de la normativa originadora de esa calificación se deriva la inviabilidad pregonada:

- El artículo 76 L. C. T. fija expresa y terminantemente cuándo terminará el contrato de trabajo, estableciendo en su supuesto 8.º por despido justificado del trabajador. ¿Cuándo ocurre este despido justificado? Únicamente:
- Cuando a tenor de su artículo 77 acaece alguna de sus diez causas justas expresadas.
- Es más, en el 79, aunque no había precisión de agregarlo, se

contemplan otras hipótesis que sin perjuicio de su afección laboral no comportarán ninguna otra causa justa adicional a las expuestas; con ello se refuerza la clasificación estricta.

- La Ley de Procedimiento Laboral, consecuente con esa ordenación sustantiva, en su artículo 102 proclama que si el patrono ha infringido el precedente sistema, ocasionando, pues, un despido “contra legem”, se enjuiciará su conducta como improcedente, señalándose en el 103, primer inciso, como sanción principal a que READMITA AL TRABAJADOR, y en aplicación de un sencillo resorte de equidad, el 104 ordena que además se le concedan los salarios dejados de percibir por la ejecución “ipso facto” de ese despido condenable, resarcíendose así “in integrum” no sólo en calidad, sino en cantidad, al trabajador a su situación originaria.

Hasta ahí todo es perfectamente coherente, pues el aparato legal acoplado a la acción empresarial deletérea extirpa cualquier asomo de incidencia, devolviendo la realidad desobediente a la fidelidad anterior. La inviabilidad de ese despido no permite resquicio alguno de permanencia. El respeto, de consiguiente, a la sanción de la norma imperativa es total, porque, vulnerada ésta, gravita sobre el infractor todo el cúmulo coercitivo de coaccionabilidad. Sin embargo, como se verá, lo que es indiscutible no sólo en línea de principio, sino en la justeza instituida en la práctica, no encuentra idéntica plasmación absoluta, no es posible el seguimiento total de sus consecuencias. Pero lo peculiar es que el propio legislador, acaso previendo las dificultades fácticas que se oponen a la vigencia de ese peso de coactividad, insta una extraña figura que anticipadamente viene como a justificar el desvío denunciado. Objeto inmediato de estudio será el enfrentamiento concitadas previsión y su eventual fundamento, que, en puridad, no sirven para ocultar una verdad mayúscula: la elusión de la inviabilidad del despido improcedente, a pesar de su doble repulsa legal y jurisdiccional.

c) “Contradictio in terminis” de la opción legalmente establecida. Estudio técnico-jurídico. Su naturaleza y atribución del derecho de elección: información civilística.

Ante un esquema tan apretado y sólido que “de lega data”, como se ha visto, envuelve al despido improcedente, inutilizando su operatividad y remitiendo lo acaecido a su precedente realidad, es decir, decretándose que la extinción de la relación laboral —hecho infractor de la norma y condenado en la sentencia— no puede prosperar, y por tanto, imponiéndose la reinstauración de esa relación resuelta por el despido deletéreo, sin embargo, en el mismo campo reglamentador, a continuación se vislumbra y escribe que ello no siempre es tan así; ¿qué ha sucedido, pues, para que se desvirtúe esa diáfana sancionabilidad?, o en otras palabras, ¿cómo la imperatividad del “ius cogens” se escamotea, a la postre? La significación ontológica de lo sucedido se analizará seguidamente, importando ahora subrayar que inmedia-

tamente después de la referida normatividad el legislador adiciona una figura desconcertante, al menos, en su contemplativa técnica. En efecto, el mismo artículo 81-3.º y el respectivo 103 de la L. P. L. conforman la discutible OPCIÓN, condicionante de la ejecución “in natura” de lo jurisdiccionalmente resuelto, o sea, del respeto, sin rodeos, de la legalidad instituida. A esta opción se la ha rubricado como alusiva de una suerte de “*contradictio in terminis*”, con la normativa precedente. y se reconoce que, tal vez, el adjetivo no sea ni acertado ni suficientemente expresivo; porque siendo, por función, por su peso excepcionante y, en resumen, por su mecanismo escamoteador de la finalidad de la ley, una figura tan aberrante, hubiera sido más ajustado elevar su terminología de repulsa. Como se sabe, a través de esa opción se permite que, tras la calificación del juicio de condena por despido improcedente, el trabajador elija entre reintegrarse a su anterior puesto de trabajo o percibir la indemnización que se le fije; hasta ahí, pues, citada opción no es censurable, porque en el elemental juego del disfrute de los derechos reconocidos jurisdiccionalmente siempre es pensable y ortodoxo que el titular de los mismos, a su arbitrio, acepte un derecho u otro de los declarados; de consiguiente, siendo el trabajador el favorecido por la sentencia de despido improcedente, se le permite que a su interés y elección pueda o reintegrarse a su ocupación laboral —reenvío a la relación laboral y observancia fidedigna de la legalidad— o acepte la indemnización señalada en la sentencia —disfrute de un “*quantum*” por conveniencia—; como se dice, la ortodoxia de esta opción hasta el momento es completa, porque la misma, por naturaleza, comporta dentro del seno de las obligaciones ALTERNATIVAS en las que el acreedor es el propio trabajador, un derecho de elección que aunque generado jurisdiccionalmente, no obstante no innova el mecanismo de esa alternatividad; si además se añade la proyección en lo atinente de la renuncia de los derechos, reflejada en el artículo 6 número 2 del vigente Título Preliminar del Código civil, es claro que el titular o trabajador puede abdicar el derecho a su permanencia laboral y elegir, en cambio, la indemnización compensatoria, especie de “*subrogatio in re*”.

La sorprendente —se insiste, técnicamente juzgando— configuración de esa opción surge cuando su adscripción subjetiva, o en instrumento civilístico, la atribución del correspondiente derecho de elección de la pertinente obligación creada jurisdiccionalmente en forma alternativa a base de dos posibilidades de prestación: o readmisión o indemnización, se subordina al número de operarios fijos que trabajen en la empresa, transgresora de la legalidad o causante de ese despido improcedente; efectivamente sendos artículos 81 y 103, afirman que elegirá el trabajador cuando la empresa ocupe 50 o MÁS operarios fijos y el empresario cuando ocupe MENOS de 50 operarios fijos. Obsérvese, pues, cómo de un factor inexpresivo por su enteco relieve numérico se hace depender la asignación del derecho de elección a uno o a otro de los intervinientes en la relación.

Como esta subordinación, en la puridad técnica del juego de las instituciones, no tiene la más mínima apoyatura, se reserva su lugar

para justificarla en otro campo; aunque bien es cierto que dicha insostenibilidad procede de la repetida configuración “*ope sententiae*” de una obligación alternativa a favor del trabajador, por haberse condenado el despido y por tanto reconocérsele como titular de un derecho indiscutible a su ocupación laboral; bajo esta idea, es cuando se carece de imaginación para mentalizar la opción patronal, que nunca puede cobijarse en el juego supletorio del artículo 1.132 del C. c., pues la expresividad excepcionante que encierra y que opera a tenor del 1.136 es la cabalmente aplicable por la propia índole y significado de dicha obligación jurisdiccional, efecto para el patrono de la condena en la sentencia. La incidencia de ese artículo 1.136 informa el cúmulo de trámites de los artículos 208 y siguientes de la L. P. L. El reencontro que ulteriormente se logre para justificar esta opción patronal con el personalismo del contrato, no debe desdecir esta repulsa técnica, porque el mismo se obtiene en el afán de hallar razones prácticas explicativas de la figura.

La confrontación con el sistema instituido de la opción reseñada igualmente arroja un lastre expresivo de incongruencia. Veámoslo:

1) *Por desvío a la coherencia reglamentadora.*

Al principio se dijo, al examinar los sistemas sobre despido, que si un ordenamiento se acoge, por su idiosincrasia comunitaria o estructuras socio-económicas, al de tipo reglado, desconocedor, pues, de la libertad de acción resolutoria en el contrato, el respeto a su propia ordenación conlleva al mantenimiento de sus dictados hasta sus últimas consecuencias; o sea, si se pronuncia porque un despido es INJUSTO o improcedente, al vulnerar la conducta empresarial el aparato de “*ius cogens*” impuesto, tras la declaración jurisdiccional correspondiente, ha de deshacerse lo mal hecho, y reinstaurar la situación precedente; es decir, condenada la extinción de la relación laboral, la renovación de la misma, sin solución de continuidad, se producirá “*ipso facto*”. Esta doctrina queda maltrecha mediante el juego irregular de la opción empresarial.

El fenómeno descrito configura lo que se denomina un craso desvío a la coherencia reglamentadora, por no calificar, en su hipótesis límite y técnicamente aberrante de la opción empresarial, como contradicción de todo el haz normativo incidente sobre el despido improcedente. Hablando en términos de política legislativa en su perfil relativo a la lógica sancionadora, el defecto es mayúsculo: si, en efecto, se ha ordenado previamente y con todo su rigor un conjunto de disposiciones que consagran la inviabilidad “*ope legis*” de ese despido, tanto por la prohibición del despido libre o general, como por la inadmisibilidad de causas distintas a las pronunciadas taxativamente, fundamento jurídico de la sentencia declarativa del despido improcedente, acaso hubiera sido más aséptico o razonable que el legislador hubiera recurrido a la vía excepcional para justificar la regla antedicha; pero no, ese no ha sido el camino elegido y ahí radica la acusación o la torpeza, desde este prisma hermenéutico; sin

reflexionar la magnitud del abismo acontecido, sin meditar la incoherencia inferida, no duda en proclamar, a renglón seguido de aquella rotunda reglamentación acerca de la improcedencia, que basta el acacimiento del módulo numérico de los 50 operarios fijos para, asimismo con alcance general, conferir la opción empresarial, que convulsiona todo el sistema instituido. El jurista, acostumbrado a calibrar en su tarea interpretativa los resultados a que conduce la aplicación de las normas, y siempre celoso en detectar cualquier defecto padecido, incluso de mero relieve de la redacción, no encuentra explicación formal a esta misma literalidad sancionadora. Bien es cierto, y se insiste hasta la saciedad, que ello acontece potenciando exclusivamente la ordenación bajo el contraste formal, y con independencia de que, como se verá, también ese jurista intente, al menos, indagar cuál haya sido la razón última que movió al legislador patrio para conformar en esos términos de figura de la opción. Mas el rodeo no elimina ese síndrome de incoherencia denunciado.

2) *Por conducir a la extinción de la relación laboral expresamente prohibida.*

La opción concedida a favor del empresario condenado por despido improcedente, que ocupe a menos de 50 operarios fijos, a tenor de los artículos 81 L. C. T. y 103 L. P. L., le reporta, de modo directo, la posibilidad de extinguir la relación laboral, mediante el ejercicio de su derecho de elección, seleccionando de las posibilidades de prestación contenidas en la sentencia la atinente a la indemnización; con ello, pues, a través de un “quantum” compensatorio se viabiliza la resolución del contrato. Afirmar, entonces, que la opción facilita o permite una extinción contractual, a pesar de que la ley imperativamente lo prohíbe, parece inicialmente extraño e incomprensible. ¿Cómo es posible semejante afirmación? Su razonamiento es claro:

— Calificado el despido de improcedente, cuando el trabajador desempeña sus servicios en empresa que ocupa a menos de 50 operarios fijos, en base a la reglamentación existente —con lo que se extirpa el amago de extinción de la relación, prohibida asimismo por la ley—, se pronuncia una resolución que contiene o la admisión —en coherencia a lo dispuesto— o la indemnización, y por el número de operarios la elección correspondiente se atribuye al patrono.

Este, haciendo uso de la opción, elige la indemnización, que satisface al operario, y extingue “ipso facto” la relación laboral. Véase, pues, cómo con este rodeo, y pese a la carga económica de la indemnización, a la postre el patrono consigue la extinción de un contrato, sin perjuicio de su prohibición legal.

3) *Por consentir con ello un fraude empresarial: el despido preconstituido.*

Es otro de los resultados que, lamentablemente, arroja la opción empresarial. Realmente haciendo uso de esta opción el patrono goza

de una especie de “patente de corso” que le inmuniza del peso del sistema del despido reglado. Si en principio el ordenamiento en cuestión en virtud de un sinnúmero de razones se pronunció por este sistema, y consecuencia del mismo es la realidad jurisdiccional del despido improcedente, que gravitando sobre el contenido jurídico del contrato, sustraerían a éste o al contratante, en su caso, de la libertad arbitradora de su permanencia, acaece que con la figura contemplada se escamotea ese control público, se supera el gravamen de su observancia. Podría afirmarse que mediante esta opción se incide en el campo admisorio del despido libre. La diferencia, pues, en la praxis de un sistema y otro, conforme a nuestro Ordenamiento y en la hipótesis opcional del empresario, no reside sino en la insignificante diferencia que los resultados del despido libre, condenados formalmente, se obtienen “a posteriori” a través del trámite procesal, incluso con todo el ropaje de un pronunciamiento jurisdiccional, y con la única carga de una, por lo general, módica indemnización. Especulando, de consiguiente, sobre esta cierta posibilidad, el empresario bien seguro está de que el aparato legal que en teoría le constriñe a mantener una plantilla, a continuar los servicios de un trabajador, en el instante en que le plazca, puede apartar semejante imperatividad. Entonces el fraude denunciado y la aparición del despido “preconstituido” surgen con evidencia. La conducta fraudulenta, porque al socaire de la opción antedicha, la empresa, recurriendo al artificio de una supuesta o imaginaria deficiencia del trabajador, que sirva, al menos para rellenar el contenido de la comunicación por escrito que menciona el artículo 97 de la L. P. L. y apartar con ello la condena de nulidad —siempre más peligrosa, en apariencia—, y proceder al despido del mismo, provocar el litigio, y acogerse en su segura condena, a la opción selectiva. Y es significativo, sobre todo, porque no ocurre de hábito en los demás campos de accedibilidad judicial, que en el laboral, una persona física o jurídica provoque un litigio para beneficiarse de los efectos de una sentencia condenatoria, que es lo que, en definitiva, estructura “in mente” y origina ese empresario. Los hechos así conformados e inexactos —la conducta imaginaria del trabajador— arropados en la comunicación por escrito, para con ello, eludir la prohibición de una ley, y obtener merced al artificio, el efecto querido y no tolerado, caracterizan en modo el fraude montado. Además, desde otro plano, esos mismos hechos y proceso, esa reflexividad de conducta para atraer los efectos de una condena, en tanto en cuanto son conscientes y previamente configurados con la finalidad resolutoria, conducen igualmente a entender el juego del despido “preconstituido”, es decir, aquel cuyo contenido circunstancial o fáctico se elabora previamente para alcanzar “a posteriori” su declaración jurisdiccional.

d) Patología de la ejecución de las sentencias de despido improcedente.—Su justificación por el juego conjunto de los artículos 1.098 del Código civil y 923 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Los trámites para ejecutar el fallo de estas resoluciones se encuentran en los artículos 105 y 208 a 214 de la Ley de Procedimiento,

cuya normativa, en particular la contenida en los artículos 211 y 212, ofrece una reglamentación, técnicamente, de aparente desconcierto. En dichos preceptos se encauzan los trámites que han de seguirse cuando se ha optado por el reingreso al trabajo por parte del trabajador, porque si se eligió la vía indemnizatoria basta la incomparecencia señalada en el 105 para entenderla. Naturalmente que el asunto adquiere tonos problemáticos en su única hipótesis controvertida, es decir, cuando, en su caso, se concedió la opción a favor del trabajador, porque si lo fue para el empresario, acreditando éste el abono indemnizatorio no queda resquicio alguno para generar la fricción. Y también por este otro camino se enfrenta el jurista con una sensación de desamparo para el trabajador, porque, si se resiste el patrono al reingreso laboral, no cabe coacción legal al respecto. Los trámites, en síntesis, y tras la comparecencia del 105, optando por la readmisión —huelga elucubrar que sea hecha por el empresario por insólita, al presuponer la negativa del operario que precisamente litigó para conseguirla—, discurren por el traslado de ello a la contraparte —208—, comparecencia ante la Magistratura en la que exponga que no se ha producido la readmisión —209—, citación de ésta a las partes —210— y, finalmente, en el 211, se ventilará la misma en torno a la inadmisión o irregularidades de la misma, para que a tenor del 212, y si, en su caso se acreditaron esas circunstancias, el Magistrado “acuerde abonar al trabajador una indemnización entre no menos del sueldo de seis meses y no superior al de cuatro años, con el límite de que no sea inferior a la señalada en la sentencia por despido y teniendo en cuenta para fijar su cuantía la antigüedad, cargas familiares y las facilidades o no para encontrar otro puesto de trabajo”.

La patología denunciada de este procedimiento de ejecución de las sentencias que declaran un despido improcedente, con derecho de opción a favor del demandante despedido, se observa porque tras agotar la tramitación correspondiente, al final, la propia ley en el artículo 212, y a pesar de que el Magistrado estime que no se ha acatado su resolución, esto es, que el patrono no ha readmitido al obrero, no puede coaccionar al cumplimiento “in natura” de su fallo y conforme a la norma aplicada, únicamente acordará otra indemnización compensatoria a favor del despedido. De nuevo, pues, como ocurría en la opción empresarial, se llega a igual resultado postrero, aunque aquí el camino haya sido más largo; otra vez, la indemnización es el exclusivo peso de la ley y de la sentencia de condena que el patrono infractor de la legalidad instituida tiene que soportar; de consiguiente, en su ánimo le consta anticipadamente que merced a una entrega dineraria al trabajador despedido éste desaparece de su actividad empresarial. Y, otra vez más, se llega a la extinción de la relación laboral a través de un cauce deletéreo y expresamente prohibido en su fundamento esencial normativo. Huelga afirmar que lo antedicho en torno a la especie de fraude y conformación de un despido preconstituido inmerso en la conducta del patrono, preparada al efecto, asimismo aparecen. La única diferencia que existe en los respectivos procesos desencadenantes de esta finalidad elusiva de la “ratio legis”

originaria en la ordenación del despido, aparte de que en la ejecución de las sentencias será la accesibilidad judicial duplicada, radica en el “quantum” indemnizatorio, especie de “subrogatio in re” que reemplaza, como se ha dicho, al cumplimiento “in natura” de la sentencia; en efecto, mientras que en el primer proceso en el que se confería la opción al empresario, la indemnización alternativa se fijaba con el único límite superior de que no exceda del importe de un año de sueldo o jornal —artículos 103 L. P. L. y 81 L. C. T.—, cuando el proceso se inició por despido también improcedente y la opción se confirió al trabajador, y pese a ello el patrono no lo readmite, tras los trámites señalados de ejecución, la indemnización se fijará entre el importe del sueldo o jornal de seis meses sin que rebase el correspondiente a los cuatro años; la mayor envergadura económica de éste, tal vez, responde a la superior gravedad de la actitud reiterativa del patrono condenado, que desoye lo jurisdiccionalmente impuesto, y a ello tiende la advertencia final del 212-1.º de que su indemnización en ningún caso pueda ser menor que el importe de la fijada en la sentencia que puso fin al juicio de despido.

La posible justificación de este reconocimiento de la propia ley de innovar la ejecución en la sentencia de despido, mediante la fórmula de una compensación indemnizatoria, no tiene otro fundamento que el derivado de la propia naturaleza del contrato de trabajo. En la primera parte se expuso que éste, por esencia, era de naturaleza personal, con un ingrediente alusivo a las circunstancias y calidad de los intervinientes, propio de los que en el Derecho civil generan las obligaciones de hacer personalísimo del que, se repitió el artículo 1.161, era un ejemplo paradigmático. Pues bien, ahí está la explicación irrefutable de la patología formalmente acusada en la ejecución de las sentencias de despido improcedente, porque, al igual que en el Derecho común no cabe recurrir a la coacción máxima cuando el obligado a hacer una cosa lo incumple, pues entonces se anularía por completo su libertad —emergencia sólo posible en el Derecho penal—, y de consiguiente el propio Código sustantivo sustituye ese incumplimiento por la vía indemnizatoria conforme al artículo 1.098 del C. c., en relación con los trámites específicos al efecto contenidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículos 923, 924 y 925, tampoco y en mejor modo, existen medios habilitantes de una constricción absoluta en los contratos de naturaleza personal como en el laboral para obligar a mantener una relación en contra de la voluntad de los interesados. Acaso sea ésta la quiebra más rotunda que siempre tienen que padecer los sistemas que, como se razonó, desconociendo —aunque por motivaciones ajustadas sólo a otros módulos valorativos— el personalismo del contrato de trabajo, interfieren el juego de su operatividad y controlan una de sus fases, la de la extinción mediante la tesis del despido reglado. La última y decisiva inutilidad de sus dictados, la propia confesión de que no pueden, por fuerte que sea la imperatividad de sus normas, imponer el mandamiento de una relación laboral consecuente con la declaración de un despido improcedente, la impotencia, en fin, en que se encuentran al consen-

tir que a pesar de estar prohibida la extinción del contrato y condenada la resolución unilateral del mismo, el patrono, merced a un simple gravamen económico, obtendrá un resultado idéntico al derivado del sistema del despido libre, es, como se ha dicho, el tributo más penoso para los regímenes respectivos; pero en otro campo, es el triunfo de la verdad técnica de la institución: su indiscutible naturaleza personal, y su inmarcesible progeie civilística.

D) *Situación "de lege data": Inutilidad específica de la declaración judicial de despido improcedente y orfandad laboral del trabajador.*

Efectivamente a la calificación epigrafiada conducen los resultados obtenidos de la normativa vigente a la sazón sobre el despido improcedente. Y esa fenomenología acaece siempre en todos los casos, cualquiera que sea la índole de la realidad conflictiva, o circunstancias de plantilla de la empresa, único distinguido tenido en cuenta para arbitrar una u otra opción; con la salvedad, claro está, de la hipótesis del artículo 213 de la L. P. L.

Así, según los supuestos, puede ocurrir:

- Empresa demandada por despido improcedente con menos de 50 operarios fijos: La sentencia que así califique el despido, concederá la opción al patrono, y, por tanto, éste, mediante la indemnización no superior al importe del jornal de un año, extinguirá la relación laboral. Aflora, pues, a la realidad, un trabajador en paro.
- Empresa demandada por despido improcedente con 50 o más operarios fijos: La sentencia que así califique al despido, concederá la opción al trabajador, quien eligiendo el reingreso y ante la negativa, en su caso, del patrono, tras agotar los trámites de ejecución de la sentencia, obtendrá una indemnización entre el importe de medio a cuatro años de su sueldo o jornal, extinguiéndose asimismo la relación laboral. De nuevo, surge a la realidad, un trabajador en paro.

Como no hay otros casos planteables, es evidente, que si la ordenación del despido improcedente, efecto del sistema reglado, contrario al libre, persigue prohibir otras extinciones del contrato que las señaladas y cuando lo sea por voluntad del empresario siempre que existan las justas causas establecidas, al producirse por el cauce de compensación económica ese resultado prohibido consiguiendo el patrono la extinción "a priori" estigmatizada, la superfluidad de aquella ordenación es elocuente. Su inutilidad, esto es, no servir para el fin que se dictó, precisamente, de mantener fija la relación laboral, no se empaña con la presencia de ese factor compensatorio de tipo dinerario, que sólo, a lo sumo, reduce la envergadura padecida por la verdadera víctima del sistema: el propio trabajador.

Su orfandad, al punto (al asumir el papel de destinatario de una reglamentación que pese a su deseo sincero de protegerle, en cohe-

rencia con la filosofía tuitiva de la disciplina, no lo consigue), es meridiana, porque, sin ambages, la única política radicalmente intervencionista y firmemente garante de los derechos del trabajador, será aquella que afiance la permanencia de su posición laboral, o, cuando menos, le otorgue, en su caso, otras ventajas económicas capaces de sustituir con decoro los efectos de su desempleo.

Ahora bien, como en el asunto se complican realidades muy compactas, que acerca de su incidencia en nuestro Derecho positivo, repugnan cualquier postura extrema de las dos imaginables (esto es, por un lado, eliminar el sistema instituido del despido reglado, porque, aunque conforme con la naturaleza del contrato, no responde a la complejidad socio-económica del país; y por otro, la plasmación de un intervencionismo a ultranza que extirpe “in radice” las formalmente anómalas opción y trámites de ejecución de las sentencias, porque aunque con ello se garanticen en modo los derechos del trabajador a su estabilidad ocupacional, sin embargo se contradice el espíritu personalista del propio contrato) no resta otra disyuntiva que, tras la exposición precedente, encontrar posibles fórmulas correctoras que amortigüen los eventuales quebrantos que suelen acontecer con la vigencia instituida al efecto. Esta idea, que ilumina el norte del estudio, se expondrá en su etapa final. Pero adviértase que en la opinión personal, no se critica por costumbre al ordenamiento, sino que se aspira en su análisis, no sólo a justificarlo —aunque se recurra, para ello, a plataformas distantes de la jurídica en puridad—, sino a procurar integrarlo o perfeccionarlo.

E) *Particular tratamiento de la opción concedida al empresario: Derecho de elección en obligación alternativa “ope sententiae”.*

Se ha visto que es la que arroja el índice de cuestionabilidad, en cuanto reporta con su mecanismo un efecto coadyuvante del desempleo, de la orfandad laboral, de la elusión del principio de estabilidad en el trabajo: el trabajador despedido, aunque se califique de impropcedente al despido por el órgano jurisdiccional, se encuentra lanzado de su actividad profesional, con la mera percepción de una indemnización. Y aunque la opción a favor del trabajador, también al final, no impide la resolución del contrato, no obstante, como ya se ha explicado su posible “justificación”, y, además, porque responde su atribución a la congruencia con el derecho reconocido en la sentencia, parece que, en principio, no adolece de tanta inconsistencia como la patronal; por otro lado, la misma elevación de la suma indemnizatoria, en su caso, fruto de la mayor repulsa de la ley para el patrono reincidente, puede servir como otro elemento más para justificarla, en cuanto de ese modo, se atenúan las afecciones de su destinatario.

Visto en su lugar su formato técnico-jurídico, como figura ubicada en el seno de las obligaciones alternativas “ope sententiae”, y cuyo efecto, el derecho de elección pertinente selecciona —a tenor de la tesis del profesor Hernández Gil— una de las dos posibilidades de prestación —o readmisión o indemnización— a favor del acreedor o

trabajador y a cargo del deudor o patrono, procede, ahora, un tratamiento de la misma más acorde con la metodología *sociológica*, que tanto repercute en la ordenación positiva de los expedientes jurídicos.

a) Su posible justificación: Reencuentro con el personalismo del contrato de trabajo.

La censura que se ha vertido sobre la opción empresarial, acaso, muy resaltada o, tal vez, con algún sesgo de apasionamiento, se ha procurado —y así se ha repetido incansablemente— verificarla desde una plataforma eminentemente de juridicidad, en donde el formalismo de la técnica conforma la necesidad de encontrar la coherencia ordenadora, de tal suerte que si ésta no está presente el juicio de repulsa es ineludible. Así fue, pues, como se subrayó su patología: porque si radicalmente se prohíbe el sistema del despido libre, como hace la ley, y se condena al despido improcedente, la lógica de sus consecuencias debe inviabilizar que en la praxis, cualquiera que sea el procedimiento estructurado, se logre ese resultado deletéreo. Pero el jurista, en su afán por buscar la apoyatura última que el legislador tuvo en cuenta para reglamentar con esa quiebra la regulación del despido, para, en definitiva, explicarse por qué se dio entrada a la discutida opción empresarial, debe examinar todo el haz de implicaciones fácticas que, efectivamente, motivaron semejante regulación.

Y al punto, también es posible sondear esa justificación, que, por tanto, elimina la intensidad de la censura detallada, y de consiguiente, fundamentar el criterio “de lege data” instituido. El itinerario que al efecto se atraviesa, reconduce inexorablemente al reencuentro con el conocido personalismo del contrato de trabajo, con lo que de esta forma adquiere cierto dogmatismo y por ende se amiga con la prístina esencia civilística de sus figuras contractuales correspondientes. Porque la idea que late en la conformación de la opción empresarial sirve de instrumento para, en su caso, evitar una imposición coactiva de la permanencia de la relación en contra de la voluntad del demandado, que siempre despersonalizaría su naturaleza, intercalándose, en cambio, un gravamen económico compensatorio para el despido, que asimismo libera al patrono de mantenerlo a su servicio. Sopesada, pues, la opción para el empresario, le devuelve, por así decir, la libertad consustancial con su posición contractual, cercenada por el intervencionismo estatal, aunque, de rechazo, someta al trabajador a la situación deficitaria esbozada. Se apuntó que el carácter personalista de la relación se formaba de la conjunción de un sinnúmero de circunstancias y calidad en cada uno de los contratantes, que actuaban como tronco representativo condicionante de su predisposición negociadora, y también, que su mantenimiento o no ocasionaba la oportuna vicisitud en la relación. Y será ese cúmulo de circunstancias o calidad de las partes, contenido expresivo de la naturaleza personal, las que se potencien para equipar la teoría justificativa de la opción.

1) *Razones laborales: De armonía profesional y ambiental.*

El hecho que siempre ha de mentalizarse, porque es el que el legislador utiliza para acoplar su criterio diferenciador atributivo de la opción, es la realidad de que la empresa demandada por despido improcedente cuenta con una plantilla de obreros fijos en número inferior a 50. O sea, esta *circunstancia* de la empresa —indicativa del personalismo contractual— nunca puede desconocerse a la hora de meditar sobre la justificación de la figura, y sería bien superfluo un proyecto encaminado a discutir la idoneidad de ese número, porque, aparte de la dificultad de encerrar un presupuesto fáctico relevante para el Derecho en la exactitud matemática, es suficiente no sólo con que el legislador así lo refleje, sino porque en ello, al parecer, se encuentra un instrumento individualizador de lo que se denomina el término medio de una empresa, potenciada económicamente.

A la vista de esta realidad empresarial, especulando sobre la vivencia acontecida en los hechos desencadenantes del despido improcedente, no sería aventurado ni tampoco fantasioso pensar que, en su caso, la medida unilateral del empresario respondería a motivo de directa afección en el funcionamiento laboral de su actividad. Es imaginable que el trabajador en cuestión, aunque regularmente desarrolle su conducta, causa de que luego jurisdiccionalmente su despido se declare improcedente por no subsumirse aquélla en ninguna de las justas causas del artículo 77 L. C. T., no obstante, por la “personal” manera de realizar su servicio, o, incluso, porque, aunque lo desempeñe con laboriosidad, no sea capaz de mantener el ritmo impuesto o conseguido por el resto de la plantilla, o porque, también, no se ajuste a unas instrucciones precisas y peculiares que por la “personalidad” particular del empresario y lo reducido de sus subordinados éste haya establecido, y, porque, en definitiva, no se acompañe o compenetre con el ambiente de trabajo existente, rompa, en fin, el concierto de armonía o de productividad conseguido y por tanto perjudique el proceso de consecución del producto a que aspira cualquier empresa. Se dirá que el relato peca de sutil o que realza síntomas de difícil comprobación, debiendo argüir al punto que, en la mediana empresa contemplada, es verosímil que se detecten incidencias como las apuntadas, y que, en todo caso, en el sentir o interés del empresario, exista el convencimiento de que un determinado trabajador no dispone de las suficientes cualidades laborales para incrustarse en su organización servicial. Y claro que es sutil o hasta débil la descripción de hechos, pues, precisamente por ello, no se tipifican como causa justa de despido; pero lo relevante al punto es que en una circunstancia particular como la descrita, tales síntomas pueden explicar “in pectore” la decisión resolutoria del empresario. Entonces la opción “a posteriori” atribuida le libera de quien estimó como inidóneo para la prestación de sus servicios. Desaparecida la calidad precontractual, se restaura con la extinción del contrato su naturaleza personal.

2) *Razones personales: Recelos o aversiones.*

Otro instrumento explicatorio, de innegable base personalista. En una empresa con plantilla inferior a 50 trabajadores, es claro suponer que el contacto estrecho entre patrono y obreros es constante y significativo. Cabe decir que a su socaire se alberga un mundo de convivencia, en el que, como en todo lo humano, se generan incesantemente lazos de afecto, simpatía o comprensión entre todos los intervinientes; en sentido negativo, asimismo la compacta unión de sus miembros provoca a veces negativos nexos de enemistad, recelos o aversiones. Fenómenos todos que no pueden minimizarse por el mero dato de que lo importante es la potenciación de la actividad laboral, y que todo lo demás es “*res inter alios facta*”, pues las características reducidas empresariales imposibilitan la sustracción de semejantes manifestaciones anímicas. Pues bien, admitiendo, como es elemental, que con un ambiente de permanente tensión, en donde, al margen del nivel de compañerismo con los demás, si el choque se produce entre el patrono y el trabajador de que se trate, el detrimento del rendimiento de éste será evidente, ha de reconocerse, asimismo, que aunque su profesionalidad no se menoscabe, su estancia laboral no pueda ser lo pacífica y neutral que sería deseable. Si semejante fenómeno de antipatía o falta de compenetración pueden, a veces, justificar la decisión del empresario de apartar al obrero de su empresa mediante un despido improcedente, valórese lo que supondría la vuelta al trabajo de éste con el conocimiento claro para él de que el patrono lo ha expulsado por entenderlo “indeseable”, y para éste al tener que acatar el insufrible peso de su readmisión. La intensidad de los instintos señalados, ahora ya de cariz revulsivo, complicarían la circunstancia ambiental de la empresa en perjuicio de su propia actividad. Entonces se dice que con la opción señalada se consigue eliminar a quien “se piensa” que no es operario adecuado. Desaparecida la calidad precontractual, se restaura, con la extinción del contrato a través de la opción, su naturaleza personal.

3) *Razones económicas.*

En la mediana empresa compulsada suelen repercutir más intensamente que en las de superior envergadura inflexiones en su cobertura financiera. Es posible, por tanto, que se innoven sus “circunstancias” económicas, pues cualquier quebranto o descubierto, cualquier operación fallida o hecho imprevisible, condicionan su estabilidad y capacidad económica. Ante fenómenos semejantes, la reducción de gastos funcionará como efecto resultante o consecuente. Bajo esa hipótesis es imaginable que el empresario, debilitada su situación económica, se plantee la procedencia de reducir su plantilla, y en consecuencia verificar algún despido. Si se admite la gravedad de esa situación, si se participa de que la solución inmediata es la reducción, hay que reconocer asimismo la justificación “personal” del despido cometido. Que su base es legalmente inconsistente, cierto, y por ello se pronun-

cia un fallo de despido improcedente, pero lo relevante es que con la opción pertinente obtenida aquel resultado liberatorio de cargas se consigue. La opción, pues, sirve de soporte o ayuda para el saneamiento de la empresa, aunque no se ignore su funcionalismo escamoteador; en efecto, no se oculta que por un hecho ajeno por completo al trabajador, éste es víctima de un despido improcedente, y, además, que con el aparato legal no sólo se elude la prohibición del despido, sino que se apoya al empresario y se consigue así otro fin no querido o previsto por la ley.

El valor contenido en la problemática descrita se deriva de la superior incidencia de la contingencia económica en la estabilidad empresarial; al concederse la opción, parece como si el legislador hubiera querido coadyuvar a la permanencia de estas empresas en la hipótesis de experimentar tales crisis, pues se ha dicho que en la inicial solución reductora de sus gastos, la liberación de cargas salariales es de inmediata conquista.

La nota de personalidad adjetivada, aunque no se brinda con igual claridad que en las razones anteriores, tampoco está oculta; esa modificación de la situación financiera de la empresa afecta en modo a una de sus "circunstancias" más sintomáticas, porque, en grafismo, no hay empresa sin sostén económico; luego transformada o desaparecida esa "circunstancia" precontractual, se restaura, con la extinción del contrato a través de la opción, su naturaleza personal.

b) Su incidencia en el trabajador.

Con independencia de la repulsa dogmática de la opción empresarial, se ha expuesto, en su tratamiento sociológico (es decir, su contemplativa desde otras plataformas distintas a la jurídica, pero concomitantes en la fenomenología laboral) su aspecto positivo o justificativo, en cuanto se han resaltado una serie de razones tenidas en cuenta por el legislador para arbitrarla. En esta ocasión conviene analizar la otra cara del problema, el trabajador, que protagoniza una posición marcada por el sentido opcional. Y aunque, al efecto, se han vertido en la censura formalista anterior algunas ideas precursoras de esta incidencia, de nuevo se elaboran, pero ya en un relato totalmente circunstancial tal y como se observa se encuentran en el mundo del trabajador.

1) *Desamparo e inestabilidad laboral.*

En su lugar se anticipó que era ésta una de las situaciones, en general, acontecidas con el sistema instituido sobre el despido. Particularizando en torno a la opción empresarial asimismo aparece esta adversidad para el trabajador. Porque es bien cierto que si ante una decisión particularista del empresario de despedirle sin causa justa "ope legis", tanto sea porque profesionalmente no se acopla al resto de la plantilla —primera—, porque personalmente le es indeseable —segunda—, o porque se ha visto obligado a reducirla —tercera—, ha acudido a la instancia jurisdiccional que, aplicando la norma tutela-

dora, decreta la improcedencia del despido, no obstante al conferir la opción empresarial se encuentra con el alejamiento de sus servicios. ¿De qué le vale, pues, tanta política y legislación tuteladora de sus derechos?, ¿de qué le sirve una sentencia favorable, si no puede reincorporarse al trabajo?, y a cambio, ¿qué va a hacer en ese concierto de desempleo, con la módica indemnización obtenida, en su caso?; interrogantes todos que dramatizan la situación del trabajador despedido, para quien la opción empresarial sorteja todo el conjunto de garantías laborales que, sin duda, rigen en el Derecho positivo español.

2) *Padecimiento de coacciones empresariales.*

Si la anterior incidencia realizaba la situación del trabajador producida por la opción empresarial cuando ésta había funcionado, es decir, había conseguido a su abrigo el patrono la resolución del contrato y la viabilidad “de factis” del despido injusto, la ahora rubricada desarrolla su mecanismo “a priori”, es decir, sin necesidad de que “ope sententiae” se estructure mentada opción. Porque en simbolismo popular — y con perdón por su uso en este campo — si se dijo que la opción sirve de “patente de corso” para el empresario astuto, también puede utilizarla como “espada de Damocles” que atenaza la subordinación laboral hasta límites deletéreos. El conocimiento mutuo que ambos contendientes, patrono y trabajador, tienen de la gravitación de la figura, la disparidad de efectos que produce en cada una de las posiciones ocupadas en la relación por los mismos, condiciona en diatriba su respectiva actitud ante su idea representativa. Por el lado del patrono, porque sabe que en un momento determinado, ante una fricción, disputa o desavenencia del operario, puede no ya “preconstituir” un despido y atraer los efectos beneficiosos de una sentencia de condena, sino advertirle con el rigor máximo de que pondrá en juego sus medios lícitos para expulsarlo de la empresa. Por el lado del trabajador, al constarle ese “armamento” del empresario, y reflexionar sobre la orfandad que su dinámica le sumiría. En definitiva, y como en esta patología es indiferente que la actitud empresarial al punto se realice solapada o abiertamente, porque, cualquiera que fuera la “injusticia” de su causa, base del despido improcedente, la opción le reintegraría el acervo amenazante ya “de facto”, la convulsión de su gravitación es máxima. Demostrar que en la hipótesis relatada —el que no ocurra generalmente no desvirtúa su realidad— el trabajador padece una presión empresarial indebida, está sujeto a una discriminación entorpecedora de su actividad y hasta de su dignidad personal, resulta, se estima, de fácil entendimiento.

El temor del operario a que por medio de la opción sea expulsado de la empresa condiciona toda su actividad laboral. No se trata de ensañarse con el precipitado de anormalidad concurrente; es bastante con señalar que en esa panorámica se vulneran los dogmas más elementales, el espíritu más caracterizador de la información de esta

rama social del Derecho, que a toda costa trata de preservar la inmunidad, la libertad y la dignidad como persona del trabajador.

3) *Compensación económica insuficiente.*

El remedio que el legislador arbitra para que materialmente prospere o encuentre en la realidad un objetivo beneficioso para el trabajador que ha obtenido la sentencia de despido improcedente resulta insuficiente. Es una lástima que siendo ésta la única solución agotadoramente viable para que el sistema fuese edificante, no se haya estructurado la misma —siempre y en todo caso— con cauces de generosidad para paliar la situación en que queda el despedido. Se afirma que es la única solución, porque razonada ya la imposibilidad de una coacción máxima de la ley que constriñera al patrono a mantener a toda costa al trabajador a su servicio, por desconocerse los más elementales atributos del personalismo del contrato, en ese caso, no queda otra disyuntiva que conformar la otra posibilidad prestacional “*ope sententiae*” de tipo indemnizatorio con la amplitud aconsejable a la realidad compleja merecedora de garantía: la situación del trabajador y sus circunstancias personales y profesionales. Porque la Ley de Contrato de Trabajo en su artículo 81 sí alude a esas circunstancias, que por su parte silencia el respectivo 103 de la de Procedimiento Laboral, al referirse que en la fijación de la suma el Magistrado, a su prudente arbitrio, tendrá en cuenta la facilidad o dificultad de encontrar otra colocación adecuada, cargas familiares, tiempo de servicio en la empresa, etc., pudiendo perfectamente incluirse en este final de analogía cualquier otra que complete la situación remanente del operario. Mas si esta descripción de circunstancias es bien expresiva para que el Magistrado pueda apoyarse en la equidad retributiva para señalar la indemnización, sin embargo en ambos textos se la limita al sancionar que la misma “no podrá exceder del importe de un año de sueldo o jornal”. Con lo que al no señalarse límite mínimo hay que deducir que se posibilita una indemnización inferior de hasta un día de sueldo o jornal; ya se sabe que en el respectivo procedimiento de ejecución de sentencias de despido improcedente con opción a favor del trabajador, la Ley de Procedimiento, en su artículo 212, impone una indemnización siempre superior a la precedente, fijando el mínimo en seis meses y el máximo en cuatro años, agravación de consecuencias atinente con la infracción reincidente del patrono condenado. Con este exponente, existe en la ley un cauce de generosidad, un ejemplo de ensanchamiento del “*quantum*” indemnizatorio; al no recogerlo los respectivos 81 y 103, el resultado a potenciar será ese importe que nunca excederá del sueldo de un año. Lógicamente el órgano judicial reservará este tope máximo en los casos extremos, en los que bien por una extraordinaria dificultad en encontrar otro trabajo adecuado, bien por una familia prolfica, y, sobre todo, como acontece en la práctica forense, cuando los años de servicio sean indicativos de una antigüedad que junto con la edad del trabajador revelen una situación muy particular, atribuya, en fin, la suma al límite. Mas también

la experiencia demuestra que en la generalidad de los despidos, tanto porque las circunstancias del despido no sean muy propicias o, acaso, mercedoras de la tutela superior, o porque, incluso, ciertos órganos jurisdiccionales arbitran unos baremos cuantitativos parcos y austeros, las indemnizaciones que se señalan difícilmente sirven para subvenir durante un tiempo prudencial a las necesidades más perentorias del trabajador. Por ello parece acertado esa vigencia del “prudente arbitrio” del Magistrado y la posibilidad analógica de las circunstancias del trabajador, para, en definitiva, acomodar la suma indemnizatoria; mas ante los recelos de una excesiva sobriedad por el titular que resuelva, debían de acoplarse otros mecanismos tendentes a la ampliación de cuantías.

Como se verá en su lugar, encontrándose aquí el remedio para paliar en lo posible la incidencia de una normativa de aparente prohibición del despido, pero con una realidad contraria, debe aprovecharse su operatividad para, convenientemente ampliada, coadyuvar a la desafección del trabajador proporcionándole el sustento racionalmente preciso hasta que se mitigue su desocupación.

4) *Estadística de afectados: Pequeña y mediana empresa; su volumen en los núcleos locales y provinciales.*

Es otro argumento de la perjudicial incidencia que la opción empresarial produce en el concierto laboral, uno de cuyos miembros ha sido víctima de su ejercicio. Porque al concederse al empresario con plantilla inferior a 50 operarios fijos —la hipótesis contemplada de que en caso de conflicto colectivo de trabajo siempre se concederá al empresario si el trabajador participó en el despido, a tenor del 103 L. P. L., luego se examinará en lo atinente—, gran parte del concierto empresarial goza de semejante privilegio; efectivamente, sin necesidad de acudir a una estadística de precisión numérica, puede afirmarse que, al menos en nuestro país, la mayoría de la actividad laboral se canaliza mediante la organización económica relativa a las llamadas pequeña y mediana empresa, y aunque este dato no desconozca en absoluto la pujante realidad que en el proceso de la producción patria proviene de la gran empresa, por lo demás en constante auge nacional, no obstante y por las mismas zonas de localización a que luego se alude en que se ubican estas entidades de plantilla inferior a los 50, forman un aparato de subjetividad tan significativo que, cabalmente, en su seno se provoca la más grave incidencia conflictiva a causa de la ordenación del despido y por el juego de la repetida opción empresarial. Si además se piensa que esas empresas, de ordinario, se asientan en núcleos urbanos de no gran densidad —restos o continuadores, a veces, de antiguos talleres familiares, o iniciadores de una actividad económica intermedia—, en donde se dan cita y se originan un incesante cúmulo de tensiones o falsos rumores, propios de una convivencia compacta, acaso se comprenda que el drama padecido por la víctima de la opción empresarial se hará más patente tanto por ser más conocido por los demás como por dificultades en ocultar

su eventual deficiencia material. La virtual sutileza de este otro aporte sociológico en la temática no debe minimizar lo indiscutible: el descontento o la estrechez son más molestos o incordiantes cuando se palpan en el contorno.

5) *Fomento del paro laboral por localización del fenómeno en zonas de escasa productividad o dinamismo económico.*

Es otro apunte fáctico, que junto con el anterior refuerzan la incidencia negativa de la opción empresarial para el trabajador. Localizadas, como se ha dicho, las indicadas pequeña y mediana empresa, es decir, aquellas en las que la opción es de tipo empresarial, en poblaciones de reducido número de habitantes, debe vislumbrarse en su derredor una fisonomía económico-laboral, por lo general, de limitado expansionismo, de contenida envergadura, alusivas, tal vez, a una lánguida tradición o insuficiencia de medios. En definitiva, la experiencia demuestra que, de hábito, en los núcleos rurales, en las ciudades del interior de limitada densidad, la actividad laboral no es, precisamente, ni pujante ni competitiva; se admite la excepción como contrapunto de afirmación de la regla. El efecto pernicioso de la opción del empresario comporta un nuevo partícipe en el siempre verosímil fenómeno de desempleo que asimismo se padece en esos lugares. Como se trata del mismo acontecimiento, el desocupado por resultas de la opción "tendrá dificultades para encontrar otra colocación adecuada", reproduciendo así la dicción legal; dificultades, añadimos, serias, y a veces, insuperables, porque, en su caso, con una profesionalidad genuina o selectiva, inexistirán entidades análogas que puedan acoger al despedido, y más si se le sobrepone una carga de desprestigio o no buena conducta en el afectado, que al ser conocida por los conciudadanos aumentará en modo la reseñada dificultad. La sensación ambiental, pues, de paro laboral, que tanto enmascara el verdadero sello de laboriosidad del núcleo en cuestión, se ofrecerá nítidamente

En definitiva, se ha intentado en la reseña anterior esbozar un proyecto de adversidades padecidas por el trabajador despedido a causa del ejercicio de la opción empresarial. Que algunas puedan parecer intrascendentes o de escasa dación dentro de la fenomenología laboral, se admite; mas, asimismo, se añade que todas y cada una de ellas denotan una filosofía, encierran una verdad lastimera que, aunque fuera muy particular o concreta, no debe ignorarse, y es que, en fin, ante cualquier problema humano, agudizado por la necesidad proveniente del mismo efecto legal, la reacción ha de actuar.

CAPITULO TERCERO

POSIBLES FORMULAS "DE LEGE FERENDA"

Se enmarca bajo esta rúbrica la fase final del trabajo: ante la indiscutible censura obtenida desde el campo de juridicidad estricta del sistema del despido improcedente con la consiguiente opción empresarial, conjugándose asimismo sus ciertos soportes justificativos extraídos de la plataforma sociológica contemplada y gravitando las manifestaciones negativas de su incidencia en el trabajador, es procedente elaborar un haz de posibilidades correctoras, porque, como se ha dicho, no cabe ni la repulsa total ni el elogio completo de la ordenación.

Al efecto pueden señalarse las siguientes:

a) - Supresión de la opción al empresario: Reencuentro con el Derecho civil.

Esta sería la solución más radical y la que, apartando el baremo numérico de los 50 operarios fijos, recondujera la opción a su prístina esencia civilística; es decir, la atribuyera al titular del derecho reconocido por la sentencia, que es el trabajador, quien libremente elegiría entre el reingreso o la indemnización. La normativa que así lo acogiera, desde luego, no pasaría por heterodoxa, porque habida cuenta el calificativo del despido, lo más consecuente es que, condenado el patrono, no tenga por qué y encima concedérsele un derecho de indiscutible contenido actuatorio. Y es que es éste otro sesgo de inconsistencia que ostenta la susodicha opción empresarial, en razón a su conformación "ope sententiae"; ¿cómo, pues, el condenado en juicio puede, a su vez, obtener un beneficio de su misma conducta condenada? Ya se dijo que acaso la explicación estaba en la concurrencia de la triada de razones "laborales, personales y económicas" que acacen en estas empresas, y que el legislador entiende son suficientes para asignar la opción al empresario. ¿Sería conveniente, pues, la supresión "in radice" de la opción empresarial? Como lo importante es que sus efectos nocivos desaparezcan para el trabajador, porque la indemnización, en su caso, no le satisfice, y como por otro lado, no cabe la coacción máxima que obligue al patrono, despersonalizadora del contrato, la respuesta debe estar en aquella fórmula que respetuosa con esta naturaleza reduzca o elimine los quebrantos del trabajador, y que luego se expone.

Y como el ordenamiento, asimismo, reglamenta la opción empresarial o su proceso generador con diverso trato según un supuesto particular, que puede ilustrar la temática, se examina el mismo a continuación:

Caso particular del conflicto colectivo.

Como se sabe, el artículo 103 L. P. L., en su primer párrafo, excepciona el mecanismo comentado de la opción, afirmando: "Por excepción, cuando el despido haya sido motivado por la supuesta participación del trabajador en un conflicto colectivo, con inobservancia de las normas legales vigentes, si aquél se declara improcedente se concederá EN TODO CASO al empresario la opción entre la readmisión y la indemnización, salvo que la sentencia declare que el trabajador no ha tenido participación alguna en el conflicto, en cuyo supuesto corresponderá a éste el derecho de opción, si así procediera, en relación con el número de trabajadores de la Empresa."

Este caso particular, en el que se excepciona expresamente el juego de la opción empresarial en los términos generales expuestos, sin duda obedece a una vigorización de los resortes de control que el intervencionismo estatal proyecta sobre la rama social del Derecho. En lo concerniente al despido, como se sabe, ese intervencionismo provoca la tesis del despido reglado, fuente del improcedente, y caracteriza a los sistemas de autoridad; la preocupación nuclear de sus dictados tenderá a salvaguardar la paz social y desterrar cualquier amago perturbador. Pues bien, como el conflicto colectivo, por naturaleza, convulsiona, o puede hacerlo, los cimientos de esa paz, de ese orden público garantizado celosamente —porque no se dude que la situación fáctica envuelta en el conflicto es semejante a la de una huelga contenida en su aparato de expresividad pública—, el ordenamiento en cuestión recurrirá a cuanto sea preciso para extirparlo o eliminar sus consecuencias. Si al punto se condena al partícipe en un conflicto, advirtiéndole que la resolución de su contrato, aunque se declare improcedente, jamás le reportará el derecho de elección fruto de la opción, acaso recapacite en su conducta. A nuestro modo de ver, ésta es la razón de lo transcrito normativamente, y, desde luego, la excepción así formulada carece de sostén alguno, cualesquiera que sea el campo en que se examine. Porque si es cierto que el conflicto debe evitarse, realícese con otros medios de alcance y persuasión seguros en manos del Poder público, pero no se emplee una institución genuina del Derecho laboral, como es el despido, para a su socaire doblegar conductas ante el temor remanente. Si además se agrega que en la pureza hermenéutica lo importante es la obtención de la sentencia declarativa del despido improcedente, realidad a la que se han de subordinar los demás pronunciamientos, no se halla asidero alguno para que, eludiendo su disposición, se otorgue al condenado una posibilidad ciertamente imprevista hasta entonces. La política legislativa aquí alcanza el cénit influyente, el control estatal manipula los instrumentos conforme al baremo que le interesa. En efecto, desco-

nociendo la coherencia del derecho reconocido en la sentencia alternativa, atribuye, en primer término, una opción a favor del condenado si regenta una empresa con plantilla inferior a 50 —porque, se agrega, acaecen las tres razones sociológicas atendibles—, y en el caso del conflicto, altera lo instituido y lo asigna siempre al empresario condenado, para así preservar cautelarmente el orden evitando el conflicto colectivo. Se superpone, pues, a una figura de extraña génesis —la opción empresarial— otra idea de exotismo recóndito y desnaturalizador —mantenimiento del orden social—.

b) Opción “racionalmente” establecida.

Como, por carácter, la opción es ineludible, en cuanto respeta a la postre la naturaleza personal del contrato, y evita lo imposible —en la realidad jurídica—, es decir, la imposición absoluta al patrono de la continuación o readmisión del despido improcedentemente, la corrección al sistema “de lege data” recaerá sobre la forma en que la misma está configurada, esto es, procederá revisar en línea perfecta su contenido y funcionamiento. ¿Cómo se consigue la “racionalidad” en la opción? Al punto, y manteniendo la divisoria de los 50 obreros, indicativa de una asignación diferente del titular del derecho de elección, debe distinguirse:

1) *Reformas en la opción empresarial.*

Por ser la más discutible y problemática, será la que padezca mayor proceso corrector. El mismo provendría de la consideración realista que produce su actual proyección en los contendientes, y ya con independencia del criterio instituido sobre el despido improcedente, porque ha de investigarse una fórmula que partiendo de ese criterio acompañe la opción de tal forma que sus resultados sean más ajustados a la equidad; habiendo, pues, de participar en su mantenimiento, *aunque fuera exclusivamente porque a su merced se restaura el personalismo en el contrato y se invalida la constricción de obligar a un “hacer”* —aceptar unos servicios y actuar en consecuencia como tal empresario— *a quien se niega a ello* —que hasta el propio Derecho común acepta—, la corrección recaerá concretamente potenciando la actual balanza de su gravitación. Al punto, el objetivo es claro: la opción empresarial, por un lado, y con la “subrogatio in re” alternativa de tipo económico, en sus límites reglados, favorece al patrono, porque se le satisfacen las tres razones, “laborales”, “personales” y “económicas”, justificativas de su apoyatura sociológica, pero, por otro, perjudica al trabajador despedido porque, apartado de su puesto de trabajo, no encuentra en el montante dinerario satisfacción adecuada. Entre ese beneficio y ese perjuicio discurrirá el proceso corrector; el primero, sin duda, reduciéndolo, y el segundo evitándolo o asimismo atenuándolo, sin olvidar nunca que en la lógica fricción, la vía que la dilucide habrá de inclinarse por la parte económicamente más necesitada de protección, esto es, el trabajador. Es, pues, ésta la idea que late en las fórmulas que señalan, que aún

más algunas se restringen, a la estimativa globalizada de un incremento del “quantum” indemnizatorio, que salve así la posibilidad legal establecida de que hasta con una cantidad insignificante —un día de jornal, una peseta inclusive— el prudente arbitrio jurisdiccional colme precariamente un indudable predicado de justicia distributiva

a) Mantenimiento del obrero durante un año en la empresa más la indemnización actual: Ventajas e inconvenientes.

Sería una evidente posibilidad correctora aquella que modelara la opción empresarial en el sentido de condenar al patrono, a su elección, a la readmisión definitiva o limitada a un año aparte de la indemnización actualmente establecida. La fórmula, desde luego, se ajustaría más a la equidad, atendería más a la parte conflictiva deficiatoria.

Ventajas.—Para el trabajador serían bien notables, porque su situación de instantáneo desamparo laboral se reduciría considerablemente; durante ese tiempo el continuar en la empresa podría, ya sin el agobio de la desocupación, orientar su futuro laboral con más sosiego, y por ende, las posibilidades de encontrar otro trabajo adecuado aumentarían. Quizá en otro sentido, durante la permanencia de ese año podría acaecer una mutua reflexión de los protagonistas, y bien por el mayor celo del trabajador, bien por la mayor comprensión del patrono, cabría la eventualidad de una readmisión incondicional, porque ese período propicia cualquier deseo o predisposición por olvidar pasados recelos. Con la indemnización que, además, se le señale, subvendría a los gastos de gestiones o desplazamientos para ir localizando su nueva ocupación laboral.

Tampoco se ignora, en el formalismo técnico, el respeto a la naturaleza personal del contrato, pues la imposición de continuar la relación por el plazo de un año sirve de efímera excepción confirmatoria.

Inconvenientes.—Por parte del trabajador, en teoría, se podría esgrimir que la fórmula no elimina totalmente su final de desempleo, a pesar de haber obtenido una sentencia favorable; protesta, en su caso, rechazable, porque por propia naturaleza se ha repetido la imposibilidad jurídica de la continuación laboral a ultranza, cuando el patrono está disconforme; como su estabilidad, racionalmente entendida, se considera protegida con ese año de permanencia, se cumplen los fines tuitivos de la legislación laboral.

Será, en cambio, el patrono con plantilla inferior a los 50 obreros fijos quien padezca los efectos de semejante corrección. Los inconvenientes que a su sentir encontraría, acoplándolos a las tres razones justificativas, serían: 1) De tipo laboral: Porque se le obligaría a aceptar a un trabajador cuando profesionalmente no reúne el grado selectivo de preparación, rendimiento o laboriosidad que goza el resto de la plantilla, lo que menoscabaría su proceso de producción. 2) De tipo personal: Por tolerarse que durante ese período de tiempo puedan provocarse conflictos ambientales, choques de carácter y,

tal vez, que él mismo tenga que discriminar al obrero despedido en ese tiempo por su incompatibilidad personal, situación nociva en la armonía laboral. 3) De tipo económico: Porque la finalidad elusiva de su "despido preconstituido" con miras a la reducción de gastos de la empresa no se consigue, debiendo, en cambio, soportar la carga salarial correspondiente.

En la respectiva compulsa de las dos afecciones el espíritu informador del Derecho laboral será decisivo; el popularizado "in dubio pro operario" también sería aplicable, por lo que predominaría el favorecimiento al trabajador que el perjuicio empresarial. Siempre más atendible un interés acuciado por la necesidad de sobrevivir que otro con efecto debilitador de un negocio.

Por último, es pensable la hipótesis cierta de que, con esa normativa, el patrono se negase a mantener transitoriamente al trabajador. El asunto discurriría entonces por los mismos términos del actual procedimiento de ejecución de sentencias de despido, que, al estar también en parte necesitado de remodelación, se examinará en su lugar.

b') Imposición al empresario de encontrarle otra colocación adecuada. Consecuencias civilísticas: Ventajas e inconvenientes.

El contenido de esta fórmula correctora de la opción empresarial, en su explicación técnica, aglutinaría una serie de instituciones conjuntadas. La obligación alternativa creada por la sentencia abarcaría dos posibilidades de prestación: readmisión o imposición de encontrar para el trabajador otra colocación adecuada, con opción a favor del empresario; éste, naturalmente, elegiría la segunda, siempre menos gravosa que la primera, que le obliga a reanudar plenamente la relación resuelta; en su cumplimiento consiguiente y posterior se vería forzado por una especie de transmisión de su posición en la relación obligacional constituida, a base de realizar con otro una eventual asunción de la deuda correspondiente: el nuevo empresario, en su caso, sustituye al condenado en el débito de la prestación fijada por la sentencia.

Consideremos su doble precipitado de consecuencias en la práctica:

Ventajas.—Para el trabajador, en principio, serían completas, porque con la fórmula casi se consigue la total estabilidad laboral y el respeto máximo de su condición de trabajador con visos de garantías plenas. Se habla de "casi", porque, en línea teórica, la totalidad provendría sólo de la permanencia en igual puesto de trabajo y en igual empresa que la condenada por el despido, imposibilidad inmersa en el rehusé del sistema del despido "prohibido". Su situación estaría perfectamente atendida en el plano material con la disposición resolutoria, porque debe añadirse, por supuesto, que mientras se cumpliera específicamente la misma, el patrono condenado habría de mantener al despedido en su puesto o, también a su elección, si lo prefiere, abonarle su salario, aunque no consienta su vuelta al trabajo. Cuando

realmente cumpla la sentencia, es decir, encuentre al trabajador otra colocación adecuada, la situación de éste continuará sin padecimiento y sin solución de continuidad. En ello, aunque se atisben (es irrelevante) las incomodidades naturales que conllevaría el cambio del puesto de trabajo, tanto sea en la misma localidad como en otra, los gastos que se produjeran serían a cargo del patrono condenado, concepto éste solamente atendible con precedente solución. No se ignoran las comprensibles dificultades que, en la realidad y en su caso, se derivarán de que la nueva colocación no fuera “adecuada”, problema que se resolvería a través de una simple comparecencia jurisdiccional y con la resolución subsiguiente.

Inconvenientes.—Siendo, como se ha dicho, insignificantes los eventualmente alegados por el trabajador, en mor a una inexpressiva comodidad, o, acaso, con vistas a un porvenir o antigüedad empresarial que en el nuevo trabajo se disiparían —que tampoco cabe calibrar con exactitud en la reforma correspondiente, aunque en hipótesis extrema se viabilizase algún módulo indemnizatorio en compensación—, los inconvenientes de esta fórmula correctora provendrán cabalmente de la posición empresarial. Se opondría:

- Que las conocidas y generalizadas dificultades de ocupación laboral, igualmente atenzantes cuando sea un patrono el que tenga que localizar un empleo, le dificultarían ese cumplimiento de lo elegido. Podría entonces refutarse que siempre a él, por sus medios, conocimientos, amistades o influencias dentro del campo económico en que despliegue su actividad negocial, le resultaría más asequible esa búsqueda que no al trabajador, indefenso y sin tales asideros.
- Que en el supuesto de prolongarse esa búsqueda sin resultado apetecido tendría o que readmitir al despedido o abonarle su salario sin trabajar en el ínterin, lo que, desde luego, le agrava su situación económica y laboral. Frente a ello se refutaría que ese fenómeno verosímil le excitaría su celo e intensidad por el encuentro de la nueva ocupación.
- Que en la práctica es muy difícil la localización de un puesto de trabajo idéntico al ocupado hasta entonces en su empresa por el despedido, y que tal vez el ofrecido no haya sido aceptado por el interesado; se trata no de buscar otro igual, sino “adecuado”, en los mismos términos que emplea el propio artículo 81 L. C. T., y que en caso de discrepancia sería la vía jurisdiccional la encargada de resolver el problema.
- Que podrían por ese cauce irrogársele unos riesgos imprevisibles, porque así cualquier trabajador de su plantilla que no estuviera conforme con su actual puesto de trabajo, aunque a la empresa le interesaran sus servicios, intentaría utilizar el proceso de despido para atraer ese cambio empresarial; el argumento es insostenible por dos razones: la primera, porque siendo la causa de ese final el despido improcedente, le basta

a la empresa con no despedirlo, y la segunda, porque si por su actitud equívoca le despide, luego puede optar por la readmisión.

Contrastando las dos fórmulas vistas, ¿cuál sería más gravosa para el empresario y cuál la más beneficiosa para el trabajador? Desde luego, la que le reporta superior estabilidad es esta segunda, y en cuanto la que repercute desfavorablemente en la empresa depende del curso de los acontecimientos: si la nueva colocación se encontrará sin dificultad y pronto, la liberación patronal es clara, mientras que el gravamen le incidirá progresivamente a medida que transcurra el tiempo sin el cumplimiento específico de la opción.

Finalmente, el incumplimiento empresarial del resultado específico de la opción, si es que además se agrava con el impago salarial en el intermedio, conduciría el caso a los trámites de ejecución de sentencias de despido, que después se considerarían.

c') Aumento de la indemnización a un "quantum" racional. Fijación de sus límites mínimo y máximo.

De las fórmulas perfectivas de la opción empresarial es la más ajustada a la realidad, por resolver, en complectud, toda la problemática pugnante en la cuestión. Se sintetizó que la fricción o inconsistencia de la opción proviene de que actualmente se asiste a la lucha benéfico empresarial "versus" perjuicio del trabajador; lo primero, por su efecto liberatorio para el patrono, y lo segundo, porque la compensación recibida insatisface claramente la necesidad del trabajador. *Y como el personalismo contractual inhabilita la continuación "in natura" de la relación*, por fuerte que sea el intervencionismo estatal, no queda otro camino que el permitido por el remedio compensatorio debidamente estructurado. Por lo expuesto se ha omitido la consideración "nominatim" de las "ventajas" o "inconvenientes" de la fórmula, porque los que esgrimiera en este campo el empresario, en cuanto padecería un mayor quebranto económico, serían inatendibles por el destino y finalidad de la indemnización superior impuesta. En definitiva, inviable el cumplimiento específico de reanudar el tracto laboral, y siendo la causa del quebranto del trabajador despedido su precaria situación material, en el soporte económico estará, sin duda, el remedio, cuando se le configure "racionalmente".

Más, ¿es que en la actualidad esa indemnización no es racionalmente satisfativa?

— *La actual indemnización de los artículos 81 L. C. T. y 103 L. P. L. es insatisfativa para el trabajador: Quebra por su límite mínimo inexistente.*

La respuesta al anterior interrogado se epigrafió en sentido afirmativo; es decir, la indemnización reflejada en los artículos indicados no satisface ni los intereses del trabajador ni lo compensa formalmente del resultado de la sentencia, y le ubica, por tanto, en una situación precaria y de necesidad material. En ambos preceptos se

establece que el Magistrado, a su prudente arbitrio, condenará a la empresa —en la segunda alternativa, que es la única remanente de cumplimiento— a que abone al trabajador una indemnización cuya cuantía fijará concretamente, SIN QUE EN NINGÚN CASO PUEDA SER SUPERIOR AL IMPORTE DEL SUELDO O JORNAL DE UN AÑO —artículo 103—, o, en otras palabras, SIN QUE PUEDA EXCEDER DEL IMPORTE DE UN AÑO DE SUELDO O JORNAL —artículo 81—. Con esta normativa es obvio que la libertad jurisdiccional por debajo de ese tope es total, pues no se le señala límite alguno al respecto, salvo el de quince días que fija el artículo 115 L. P. L. para el supuesto de crisis del 114, pero que, en puridad, marginan al problema porque los contratos en esta hipótesis ya han sido resueltos por la Autoridad laboral, y no hay, pues, DESPEDIDOS. En consecuencia, el Magistrado, que ejercitando su prudente arbitrio, cualesquiera que fueran las circunstancias del caso —aludidas por el 81, pero no por el 103—, fijara una indemnización, por ejemplo, de un día de jornal o hasta de una peseta, estaría cumpliendo estrictamente con la legalidad aplicada. Si, aun no considerando esas hipótesis extremas, se concreta la cuantía en el importe de un mes, como acaece varias veces, tampoco existe vulneración aplicatoria alguna. Parece que ese amplísimo marco a la discrecionalidad judicial puede entrañar riesgos elusivos del módulo de equidad. Piénsese al punto que, sin dudar un ápice de la honorabilidad, rectitud y conciencia del prestigioso Cuerpo judicial especializado existente en nuestro país, no obstante, y como tampoco ese “prudente arbitrio”, esto es, su libertad de criterio, puede potenciarse hasta afirmar que se ha actuado con exacta objetividad, el atisbo de insatisfacción laboral puede aparecer en cualquier momento. Porque el “prudente arbitrio” del criterio judicial, por su progeñe volitiva y provenir de un proceso de causación personal, escapa a todo tipo de compulsas; es más, a veces, al ser núcleo del tema la insobornable personalidad del que juzga, acaece que según esté conformada la misma sobre el asunto controvertido así se concretará el “quantum”; no ya es peligroso la verosímil realidad de que ante una situación idéntica varios Magistrados se pronunciaran con sumas diversas, porque ello es un tributo ineludible de la pluralidad diferencia de los titulares del cargo, aunque no ha de minimizarse que el fenómeno de la desigualdad de pronunciamientos ante conflictos semejantes no prestigia a la magistratura. Pero siendo ello inevitable, a nuestro parecer es más penoso que en la estructuración intelectual de cada Magistrado para equipar ese “quantum” puedan influir prejuicios, datos empíricos, hasta ideologías soterradas, que, conformando el acervo de su capacidad intelectual —“vis cognoscendi” y “vis appetitiva”—, expresiva de su “potestas jurisdictionis”, condicionen su criterio a términos de austeridad, impropios y, en particular, nocivos para los intereses del que juzga. Se repite que sin empañar en nada el alto prestigio judicial, podría, por el camino que se señala, imponerse, en una graduación de su libre arbitrio, un límite mínimo indemnizatorio que siendo “a priori” satisfactivo evitará las quiebras de una resolución escasamente compensatoria. Se estima, pues, que fijándose “ope legis” ese LÍMITE MÍNIMO SATISFACTIVO, la acusación que se sub-

raya quedaría zanjada; —en ese límite mínimo ya actuaría el propio legislador sopesando qué indemnización sería la suficiente para compensar al trabajador y su familia del influjo de desamparo de la sentencia interferida por la opción empresarial; al efecto, utilizando los medios de la política legislativa, acoplando los datos para abarcar la situación media laboral, se evitaría que con el sistema actual sea el Magistrado quien en todo caso fije lo que él estima suficiente para subvenir a la realidad en que queda el despedido.

— *Entendimiento de la “racionalidad”*: juego de las circunstancias del artículo 81 L. C. T., valor de la analogía, exhortación jurisdiccional.

El propósito de la reforma persigue fijar un “quantum” indemnizatorio racional. Pero, ¿qué es la “racionalidad” así entendida? Puede contestarse como aquel criterio inspirador resolutivo que señala una indemnización satisfactiva para el trabajador, esto es, que en atención a sus circunstancias de toda índole le compense del quebranto de la sentencia “eludida” *in natura* por la opción empresarial hasta que pueda, normalmente, resolver su situación laboral.

La “racionalidad” epigrafiada estará, en consecuencia, tanto en el principio orientador que ha informado la resolución del “quantum” como en cuanto ese “quantum” se juzgue en la realidad y se le cualifique como objetivo. La equipación de semejante cualidad informadora tendrá dos presupuestos estructurales: uno, *teleológico*, habida cuenta que la suma, efecto de su información económica, habrá de servir para satisfacer las necesidades del trabajador; otro, *valorativo*, en cuanto esa finalidad habrá de obtenerse mediante factores de normalidad, es decir, aquellos que de ordinario acaecen contemplando las mismas circunstancias concurrentes en el evento. La indemnización será, pues, “normal”, si atiende las necesidades del trabajador —finalidad—, dadas sus circunstancias personales, familiares, profesionales, durante el tiempo que se precise ordinariamente hasta encontrar trabajo análogo. Este límite temporal, también entendido con “normalidad”, es importantísimo, porque acopla un factor de igual naturaleza, el numérico o medible, en el proceso de integración de la suma indemnizatoria. La racionalidad, en definitiva, predicada, sería aquella en la que la indemnización inspirada en la misma cumpla la finalidad satisfactiva del trabajador, en particular mientras dure normalmente su desempleo.

Aunque la ley, como se ha dicho, carece de límite mínimo, no obstante el artículo 81, aunque no el 103, indica un elenco de circunstancias muy atendible para que el Magistrado encuentre asidero en el juego de su “prudente arbitrio”, y que asimismo prestan significativa utilidad en el deseo reflejado del “baremo de racionalidad”. Las circunstancias, y siempre de indiscutible reflexión por el órgano judicial, son:

1) *Facilidad o dificultad de encontrar otra colocación adecuada*: En nuestro diseño perfectivo comporta el límite temporal indicado

en la integración del “quantum racional”; porque, según sea el grado de oferta laboral en el mercado, según sea la profesión del despedido, según sea, en fin, su standard económico retributivo, así dependerá el mayor o menor periodo de tiempo en que padecerá la desocupación.

2) *Cargas familiares*: La necesidad, es evidente, aumenta si el trabajador es el sostén de una familia numerosa, o en cambio, se subviene con su salario él exclusivamente. La cualidad de padre de familia, con las cargas de los hijos y el número de éstos, se potenciarán adecuadamente para establecer la suma.

3) *Tiempo de servicio en la empresa*: Igualmente es un dato de especial importancia, porque en él radica la intensidad de unos servicios que se extirpan por el juego de la opción. El arraigo, el pasado laborioso, el prestigio profesional, se precipitan en estas circunstancias y deben pesar sobre el gravamen a cargo de la empresa, quien, en su caso, ha prescindido injustamente de una antigüedad, sinónima de una lealtad y fidelidad ciertas.

El artículo 81, a continuación, emplea el término bien elocuente, en el plano de la hermonéutica, de “etc”, que es tanto como admitir cualesquiera otros que influyan en la individualización del caso, como apoyaturas para integrar el “quantum”. Parece que con ello se atrae el mecanismo de la analogía, siempre tan cerca de la equidad, en el entendimiento aplicatorio de los preceptos positivos al caso concreto. Con ese relieve analógico serán circunstancias significativas:

- La edad del trabajador: Porque es diferente su posibilidad de nueva ocupación según sea joven, maduro o anciano.
- Su profesión: En cuanto condiciona la incidencia de la oferta laboral existente en el mercado: no es igual la genérica profesión de obrero manual que la de un especialista, profesional liberal o científico. Por lo general, el mercado absorbe más fácilmente el trabajo indiferenciado o no selectivo que aquel que requiere un proceso de formación, de capacitación técnica o estudios académicos.
- Su salario: Presupuesto alusivo directamente al “modus vivendi” del trabajador, y por tanto, a tener en cuenta para que la suma satisfaga plenamente al trabajador.
- Sus circunstancias fisiológicas: En la idea de que si el trabajador padece alguna tara física o enfermedad, sus posibilidades de nuevo empleo disminuyen ostensiblemente; ello es asimismo un dato a considerar en la integración indemnizatoria.

En general, han de tenerse en cuenta todas aquellas circunstancias que individualizando al trabajador, que es tanto como al supuesto resuelto por la sentencia de despido, diferencien sustantivamente el caso de otros semejantes.

— *Integración del límite mínimo.*

Es, como se ha dicho, el módulo indispensable, aquel que evita, en su caso, la eventualidad de una sentencia insatisfactiva para el trabajador, o no orientada con el principio de “racionalidad” predicado.

Pueden ser sus cimientos:

aa) *La cualidad de operario fijo es la determinante: representativa del “modus vivendi” del trabajador.*

Como el límite mínimo que “ope legis” se establezca, habrá de operar en la generalidad de los casos, siempre habrá de apoyarse en un elemento igualmente predicable de todas las situaciones laborales que se debaten en el proceso de despido improcedente. En ello no valen los distinguos, a no ser, naturalmente, los que provengan del jornal o salario de que se trate, que variarán según sea el respectivo del despedido.

Al respecto, la única cualidad determinante, la que disfrutan todos los que accedan al proceso por haber sido víctimas de un despido improcedente, prevendrá de su innegable carácter de trabajador al servicio de la empresa. Este carácter, no obstante, tiene que puntualizarse para que, asumiendo visos significativos, pueda ser relevante en la integración del “quantum” mínimo. Entonces se dice que la caracterización se completa si se agrega que el trabajador en cuestión es “operario fijo” al servicio de la empresa; la terminología se extrae de la misma normativa legal: artículos 81 L. C. T. y 103 L. P. L. Si el trabajador es “operario fijo”, denota ya su incorporación permanente y total a las vicisitudes laborales de la empresa, por un lado, y por otro, y como consecuencia de esa absoluta adscripción, demuestra con ello que la satisfacción de todas sus necesidades materiales dependen de sus ingresos salariales, o lo que es igual, que su ocupación laboral es el cauce exclusivo y excluyente de proporción de medios de subsistencia; puede decirse, en esa hipótesis, que su nivel de vida se ajusta a la retribución empresarial. Por supuesto que en ese esquema se eliminan, por ser comprobables, las situaciones en que concurren otras fuentes de mantenimiento del trabajador: v. g., fortuna propia, disfrute de pensión, o rentas, etc.

La calificación de “operario fijo” la suministrará la correspondiente Reglamentación (que, a veces, tiene que actualizarse socialmente sobre el problema), por lo que deben eliminarse jurisdiccionalmente, incluso, los recelos y riesgos que sobre el asunto existan al plantearse posibilidades litigiosas en las que las empresas tratan de enmascarar con el piélagos de eventualidad a quien ya detenta una estabilizada posición en el trabajo. Ejemplo elocuente al punto es la reciente reforma de la Ordenanza de la Construcción según Orden de 27 de julio de 1973 en su artículo 40 subordinando el paso de eventual a fijo a los quince días de prestación de servicios.

Demostrada, pues, esa categoría general de la cualidad laboral, así como su significado de condicionar el “modus vivendi” del tra-

bajador, se afirma, en resumen, que todo aquel trabajador que ostente la cualidad de operario fijo y obtenga una sentencia de despido improcedente, tendrá derecho a la indemnización, cuando menos, en su límite mínimo, que luego se señala. La valoración de otras circunstancias, así como casos especiales en el esquema, luego se examinan.

bb) *Las demás circunstancias condicionan la extensión del "quantum" hasta el límite máximo.*

Así como la cualidad de "operario fijo" es generalmente predicable, el resto de las circunstancias incidentes en el trabajador sirven para individualizar más su situación y, por tanto, para apoyar el prudente arbitrio judicial en un ensanchamiento indemnizatorio. Aquí sí cabe particularizar por la diversidad fáctica concurrente. De consiguiente, según sean la facilidad o dificultad de nueva ocupación, las cargas familiares, la antigüedad, la edad, profesión, salario o condición física del trabajador, será superior o inferior la diferencia que medie entre la indemnización mínima señalada y el límite superior establecido, en el bien entendido que cuanto más acusada sea la afección padecida por su protagonista a resultas de alguna de ellas, más envergadura económica contendrá la indemnización señalada, que, en casos extremos, equivaldrá al máximo prefijado. De esa forma no existe discriminación alguna, porque el trabajador más afectado, que es sinónimo de más necesitado de protección económica, la recibe adecuadamente. En ello, el sistema "de lega data" es ejemplar, tal y como lo interpreta el parecer jurisprudencial unánime.

cc) *Casos especiales.*

En el precedente estudio se ha esbozado un esquema perfectivo del "quantum" indemnizatorio que abarque la generalidad de los supuestos, como plataforma para equipar el límite mínimo, que luego se señala.

Ahora bien, como a resultas de ello, ese límite mínimo, en su cierta cuantía, habrá siempre de respetarse por el órgano judicial, sin perjuicio de que, en su caso, lo rebase; parece pertinente contemplar algunos supuestos que, por su irregular base, por la presencia de unas circunstancias de repulsa e incluso porque aludan a que el trabajador en cuestión todavía no se ha incorporado totalmente a la empresa y, por ende, ésta carece de arraigo para subvenir sus necesidades, ya decantadas por la estabilidad laboral consiguiente, no han de cobijarse en igual tutela económica; lo contrario sería premiar servicios inmerecidos o indignos de esa especial protección.

Entre estos casos pueden señalarse:

— *Trabajador eventual o con un desempeño laboral inferior a quince días:* Se identifica esta calificación de trabajador eventual siguiendo el paradigma de la citada Ordenanza de la Construcción, porque por su expansiva incidencia en un sector laboral muy depri-

mido contiene los atributos de información social consustanciales con esta rama del Derecho. En estos casos, al inexistir la cualidad de fijo y la incorporación definitiva empresarial, es prematuro afirmar que ya el trabajador ha conformado sus necesidades a sus ingresos. La solución normativa sería que, por excepción, el Magistrado actuara, como en la actualidad, a su libre arbitrio sin el juego del límite mínimo.

Si se imaginaran otras hipótesis, tales como los famosos “profesionales del despido”, o aquellos trabajadores que sin incurrir en justas causas manipulan su trabajo con cierta deficiencia, recorren empresa tras empresa, aprovechándose de los despidos de las mismas en sus percepciones indemnizatorias; igualmente, cuando se trate de trabajos en que se sorprenda la buena fe del empresario— a través de anuncios públicos, ofertas en periódicos, etc.—, y no se demuestre una real competencia, y aunque tampoco sea probado debidamente la presencia de una justa causa. En esos casos, y otros pensables, es de suponer que el patrono despedirá antes de esos quince días, por lo que entonces el tratamiento será semejante al precitado.

dd) *“Quantum” del límite mínimo: un año de indemnización. Su gravitación empresarial elusiva de los despidos preconstituidos. Su contenido satisfactivo. Juego artículo 1.135 C. c.*

La indemnización que a consecuencia de una sentencia declarando el despido improcedente la ley debe señalar, cualquiera que sea el sesgo subjetivo de la opción —en esta modalidad examinada a favor del empresario—, habrá de ser NO INFERIOR al sueldo o jornal del trabajador despedido de un año, siendo éste, pues, su límite mínimo irrebachable por el órgano jurisdiccional.

El tope referenciado tiene un doble fundamento y cuyo contenido, de consiguiente, sirve para zanjar el instituido quebranto por beneficio empresarial “versus” perjuicio trabajador, en cuanto revisa en respectiva ambas irregularidades:

1) En efecto, en primer lugar cercena el abusivo beneficio empresarial obtenido a través de la suma indemnizatoria actualmente establecida, silenciadora de límite alguno; porque cualquiera que sea la circunstancia profesional del despedido, en cuanto éste ostente la cualidad de FIJO en la empresa, el patrono, si se decide a despedirle sin justa causa, habrá de pechar con el gravamen correspondiente a ese año de indemnización. Y, como además, por escasa que fuese la retribución salarial, su cómputo anual alcanzará cierta envergadura, el empresario sopesará, en modo, la afección económica que padecerá si se decide, no obstante, a resolver unilateralmente la relación. Entonces, a buen seguro, los riesgos fraudulentos del despido “preconstituido” se reducirán sobremanera; ya no se mantendrá la vigente situación que tan fácilmente conduce a la eliminación improcedente de la plantilla de cualquier obrero, pues la mentalización del juego de la opción no resultará tan halagüeña. Pero es que, además, se estima

que, con la corrección señalada, se viabilizan los casos límites, es decir, no se obstruye totalmente la decisión del patrono en ciertos conflictos individuales de especialísima significación, porque si algún trabajador "in mente" es "indeseable", podrá optar por su despido eligiendo la indemnización del año, que por gravosa que sea restaura el interés o conveniencia empresarial. La corrección consecuente no imposibilita el mecanismo de la opción y, por ende, la justificación de las "razones" empresariales; únicamente evita su ejercicio abusivo al imponer una mayor reflexividad en su elección. Condiciona, pues, con el peso de su "quantum", la libertad discriminatoria existente.

2) En lo concerniente al trabajador, el teleologismo satisfactivo igualmente se cumple con el tope referenciado. Ya se expuso en el examen de las otras fórmulas que, por lo general, debe tenerse como acontecimiento normal que la afección recibida por el despido en su relieve económico o material para el trabajador equivale a una estimación salarial de un año de actividad laboral. La suma, pues, que la recoja disipará esa afección y, por tanto, proporcionará el sustento necesario para satisfacer la necesidad sentida. Por ello, siempre se hablaba del año, tanto para imponer al empresario la obligación de readmitirlo en ese tiempo o hasta que durante el mismo le buscase otra colocación. Se fija "a priori" la medición cronológica de un fenómeno eventual, porque, por su índole contingencial e inaprehensible matemáticamente, no es apto ningún control de exactitud acoplado empíricamente en el conflicto de que se trate. Y que por la imposibilidad de precisar anticipadamente cuánto se prolongará la situación de desempleo remanente del despido para el obrero, ha de indicarse un plazo que pase por normal dentro de las características de la oferta laboral, de ordinario, existentes. El año expresado, en un entendimiento racional del problema, parece que, en principio, reúne contenido suficiente para cumplir su fin satisfactivo. Se dirá, y es cierto, que algunas veces el despido puede encontrar otra colocación adecuada antes de que transcurra ese año, por lo que, en consecuencia, se lucrará con la indemnización, y, por el contrario, habrá ocasiones en que transcurrido el mentado año aun perdure el desempleo ocupacional. En la realidad ello puede ocurrir, pero las técnicas de previsión legislativa siempre amoldan sus normas a la generalidad de los hechos, es decir, apreciando cómo se verifican los acontecimientos subsumidos habitualmente, y con independencia de que en particular no ocurra así. En consecuencia, si la nueva ocupación se obtiene antes del año, la incidencia indemnizatoria reportará un juicio de repulsa para el empresario que así se ve condenado por haber procedido sin justa causa al despido, mientras que para el trabajador le supondrá un beneficio a consecuencia de haber tenido la razón y obtenido el derecho en el proceso pertinente; si sucede la otra hipótesis de irresolución de su ocupación transcurrido el año, se tratará de una eventualidad que ya no tiene por qué preverla la ley, cuando actuó al punto con el suficiente tono de preocupación laboral.

En la estimación y cálculos de esa equiparación de la indemni-

zación a un año, obtenida como compensación de la realidad padecida por el trabajador improcedentemente despedido, también cabe añadir una sólida argumentación que, reforzando su verdad, de nuevo inclina la institución laboral a su génesis civilística. En efecto, al tratarse de la opción empresarial, en su estudio técnico-jurídico, se la ubicó en el seno de las obligaciones alternativas, y por cuyo efecto, el derecho de elección del empresario, se elegía una de las dos posibilidades de prestación generadas por la sentencia; o sea, eliminada la readmisión, quedaba como única alternativa la indemnización, con lo que, "mutatis mutandi", se plantea semejante situación a la prevista en el artículo 1.135 del C. c. al afirmar: "El acreedor tendrá derecho a la indemnización de daños y perjuicios cuando por culpa del deudor hubiesen desaparecido todas las cosas que alternativamente fueron objeto de la obligación o se hubiera hecho imposible el cumplimiento de ésta." Añadiendo su segundo párrafo: "La indemnización se fijará tomando por base el valor de la última cosa que hubiese desaparecido, o el del servicio que últimamente se hubiera hecho imposible." En el juego de este artículo a los fines expuestos hay que puntualizar: Siendo el acreedor "oppe sententiae" el trabajador, la alternativa sólo encierra dos posibilidades de prestación: la readmisión o indemnización, y eligiendo el empresario la indemnización es como si se hiciera "imposible" la readmisión; luego la suma de la alternativa residual "se fijará tomando por base el valor del servicio que últimamente se hubiera hecho imposible", que, necesariamente, se referirá al valor de la otra alternativa o readmisión. Luego, en resumen, el montante de la indemnización tendrá el valor que se fije para la readmisión. ¿Y qué vale la readmisión laboral? Para el despedido, todo, porque supone su estabilidad; para la previsión legal, a tenor de las circunstancias, es claro que, cuando menos, abarcará el salario de un año, que se estima *normalmente* preciso para encontrar otra colocación adecuada, que, por tanto, sustituyéndola, ocupa su mismo "valor" para el trabajador.

Por último, se subraya que esta corrección, como todas las idóneas de tipo indemnizatorio directo, esto es, sin una previa imposición "in natura" de la relación laboral como en las otras examinadas, se coherente perfectamente con la naturaleza personalista del contrato laboral y del propio despido: impide que resplandezca el contenido de la tesis del despido prohibido, impositivo a ultranza de la perennidad del contrato, en contra de la voluntad del empresario, conjugando, a su vez, el dogma de protección al trabajador, ínsito en esta rama social del Derecho.

ee) "*Quantum*" del límite máximo: tres años de indemnización. Razonamiento y significación.

Si el mínimo se ha corregido hasta elevarlo al tope de un año de indemnización, parece consecuente que el límite máximo que puede señalar la sentencia, aplicando el prudente arbitrio judicial, sea el de tres años. Representa así una diferencia cuantitativa suficientemente comprensiva de la diversidad fáctica atinente a la situación laboral

del despido. Si para el límite mínimo estrictamente operaba su detentación de trabajador fijo al servicio de la empresa, con lo que se adosaba un módulo de equiparación indiscriminada a favor de todos los trabajadores, es lógico que cuando ocurra alguna particular "circunstancia" de las expuestas que individualicen característicamente al trabajador de que se trate, el Magistrado cuente con apoyos aplicativos de la ley suficientes para retribuir o compensar la genuinidad controvertida. Así, cuando el despido esté afectado intensa o personalmente por dificultades de la oferta laboral, por el exceso de cargas familiares, por la antigüedad en la empresa, por su profesión, por su salario, por su edad, por su sanidad física o mental, de tal forma que la proyección de alguna de éstas lo seleccione del resto de hipótesis normales, se le proporcionará, consecuentemente, un acervo retributivo capaz para colmarle en su indiscutible derecho satisfactivo. El alcance económico de la sanción para el empresario, al representarle una suma ya de cierta consideración, igualmente, le hará recapacitar cuando se disponga a despedir, sin justa causa, a un obrero que por esas circunstancias padecerá más la realidad de su desempleo. Y en todo caso, no cabe la estimación de que el límite máximo quebrante la estabilidad empresarial, porque su elusión es bien sencilla, es decir, la no asunción de su carga se conseguirá no actuando en esa forma, no despidiendo al obrero. Como, además, en el arbitrio de esa suma, actúa directa y exclusivamente el criterio judicial, deben disiparse todos los recelos existentes al punto, ya que la garantía de su ejercicio, la objetividad de su empleo, ajustará su realidad a una evidente dación de las circunstancias antedichas justificativa de la estimativa indemnizatoria.

2) *Reformas en la opción laboral.*

La opción concedida al trabajador en los artículos 81 L. C. T. y 103 L. P. L., se afirmó en su lugar que no contiene técnicamente reparo de clase alguna. Porque recayendo la sentencia que la establece: en una vicisitud constitutiva de la fase de extinción del contrato de trabajo de naturaleza personal, recoge en su proceso de ideación: igualmente el sentido de esa naturaleza; previéndose, al respecto, que al desaparecer la base personalista, puede el favorecido por la misma, no interesarle la continuación de la relación, se elude la exclusividad de un cumplimiento "in natura" y se deja, a su arbitrio, la posibilidad de elegir la resolución; de este modo, cualificada su posición con un derecho indiscutible declarado en la sentencia, se le amplía así su marco de actuación al punto, permitiéndole la opción establecida. Naturalmente que si la elección recae en la readmisión, las incidencias que se produzcan, si la misma no se acata en puridad, transitarán el tema por el correspondiente procedimiento de ejecución regulado; mientras que si se optó por la indemnización, la única reforma necesaria recaerá en la modificación de su "quantum", que se hará a tenor de las cantidades señaladas en la opción empresarial, porque, en definitiva, ha sido idéntico el proceso causante del establecimiento de la opción: actuar en base a un despido del empresario sin justa causa.

La indemnización contendrá, en su límite mínimo, el año de sueldo o jornal, y en el máximo, el tope de los tres años indicados. Se mantienen, pues, iguales sumas a las señaladas en la opción empresarial, y se ha afirmado que ello acaece por identidad del proceso conflictivo: actuación por despido improcedente. No obstante, al actuar así, se omite, al parecer por irrelevante, la apoyatura que tuvo el legislador para la distinción atributiva de la opción, basándola en que la empresa tenga o no los 50 operarios fijos de plantilla. Y como este dato es eminentemente sociológico, y su plasmación fruto de un contraste empírico de la realidad fáctica pertinente, su citada irrelevancia no se cohonestaba con la serie de implicaciones que cabría de ello derivar. Se intenta explicar que si se admitió para el análisis de la opción empresarial su factor básico de la plantilla de menos de 50, que a su vez condicionaba, por las características especiales de la empresa, la concurrencia de la tríada de razones laborales, personales y económicas tenidas en cuenta por el legislador para establecerla, pese a las cuales se debía imponer la indemnización de uno a tres años.. respectivamente, no resulta ahora muy congruente que en una empresa con plantilla de 50 o más operarios, que incluye la gran empresa, en donde hay que suponer que de hábito ya no concurren esa tríada de razones, se mantengan los mismos "quantum" indemnizatorios; la deducción entonces es discriminatoria y evidente: en estas empresas: el gravamen indemnizatorio será de menor afección a las otras, por su mayor respaldo financiero. En línea de principios esto es claro, pero con independencia del aserto, no obstante, nos pronunciamos por mantener iguales indemnizaciones, por dos motivos especiales:

1) Porque así no se fragmentan en demasía los casos que ha de preveer el legislador, y por ende, se respeta el sistema instituido de indiferenciar sobre el particular; corregido el problema sustancioso de las sumas permanece, pues, idéntico el criterio ordenador.

2) Que tampoco ha de olvidarse que tratándose de la opción laboral, aquí la entrada en acción de la alternativa indemnizatoria será inversamente operativa al supuesto de la opción empresarial; es decir, así como con la opción de la empresa la elección recaía por lo general en la indemnización, con la opción a favor del trabajador hay que intuir que, por su interés en mantener su ocupación laboral, la elección más frecuente se pronunciará por la readmisión; entonces: la problemática indemnizatoria se ceñirá únicamente a los casos parcos de opción indemnizatoria y a los que culminen en una negativa empresarial a la readmisión elegida, y cuya ubicación en el tema de ejecución gozará de la idea perfecta que allí se adicione. En resumen, la equiparación antedicha responde a la menor proyección de la opción laboral a la empresarial en la alternativa de indemnización; creyéndose, de consiguiente, que gravitando los mismos topes se satisfacen los escasos supuestos en que se seleccione por el trabajador su deseo de percibir la indemnización establecida.

e') Procedimiento de ejecución de sentencias. Elevación de sus respectivos límites.

Si la opción laboral ha elegido la readmisión y el empresario se mantiene en su negativa, la fricción desencadenante accederá a la Magistratura por los trámites expuestos de los artículos 208 y siguientes, en donde la decisión contenida finalmente en el 212 es elocuente. Aunque en su lugar se habló de una "patología" en este procedimiento de ejecución, no se olvide que ello se hizo en una contemplativa sistemática e integral de la ordenación que permitía, como se ha razonado, la viabilidad de los llamados "despidos preconstituidos" en cuanto siempre terminaban en extinción de la relación laboral, tanto fuera a través de la opción empresarial como de la laboral, a la vista de la resolución del citado 212. El sesgo patológico cede, sin embargo, cuando se medita que en los trámites ordinarios de ejecución de prestaciones de hacer, inspirados en el artículo 1.098 del C. c. y recogidos en la Ley de Enjuiciamiento, artículos 923 y siguientes, efecto de los contratos de igual tipo, tampoco cabe el cumplimiento "in natura" a resultas de una coacción absoluta, y siempre terminan o concluyen en un pronunciamiento de resarcimiento indemnizatorio. La Ley de Procedimiento Laboral, pues, en su artículo 212 se pronuncia por igual fórmula compensatoria, por lo que el intento perfectivo recaerá sobre el montante impuesto para quien, como el patrono condenado, se resiste a acatar el pronunciamiento jurisdiccional. Dicho artículo, se sabe, que con su sanción establece un doble límite inferior escalonado o superpuesto, así como el superior. El límite mínimo equivale al sueldo o jornal de seis meses, siempre que a su vez no sea inferior a la indemnización fijada en la sentencia que puso fin al juicio de despido, y el superior equivalente a cuatro años de sueldo o jornal.

Esos límites, en su formulación ordenada, deben ser racionalmente elevados en cualquier tarea sería "de lege ferenda". Al respecto, ya se dijo la indiscutible base que tenía el criterio del legislador, al aumentar estas indemnizaciones en relación con las inmersas en los artículos 81 y 103 citados, en cuanto con ello emitía un juicio de repulsa total para el empresario que, con su conducta, doblemente incumplía los preceptos imperativos: al principio, al formular un despido sin respetar la ley, razón de la sentencia condenatoria en el juicio de despido improcedente, y después, porque desoía asimismo el mandato jurisdiccional que le condenaba al reingreso del trabajador; razones que sobremanera justificaban el montante de la sanción, y así, esa mayor repulsa se acogía en el artículo 212, al señalar que siempre la indemnización en ejecución superaría la del juicio originario. Explicada, pues, una de las dos manifestaciones del límite inferior, se impone ahora concretar la suma de ambos límites:

1) Por lo que respecta al límite INFERIOR, su tope ha de fijarse en DOS AÑOS de indemnización. Su razonamiento es diáfano: Si ante una conducta desobediente con la ley, causa del fallo de despido improcedente, se integró el "quantum" en el importe de un año, parece

lógico estimar que ante una conducta doblemente infractora, no sólo por esa primitiva desobediencia, sino porque hasta se resiste a cumplir el mandato de readmisión jurisdiccional, la condena económica asimismo se duplique. A doble infracción, pues, doble sanción. El razonamiento es de silogístico acatamiento, sin que quepa aducir que no debe someterse al módulo matemático la variedad accional de las personas, porque al tener, por necesidad, que imponer apriorísticamente en la condena el factor también matemático delimitador, ¿por qué no va a ser útil idéntica proporcionalidad?

2) Por igual camino y razonamiento se establecerá el límite SUPERIOR en SEIS AÑOS DE INDEMNIZACIÓN, suma justamente doble que la respectiva en la opción empresarial.

La gravitación de su envergadura económica para la empresa reincidente, que sería esgrimida de adverso por la misma, se refuta porque, además del reflejo de esa repulsa ante su conducta, su propia solidez financiera, la inexistencia de las razones económicas, que en la empresa idealizada a contemplar acaezca, conducen a admitir que su capacidad negocial puede enjugar estas indemnizaciones; aparte de que en situaciones límites de una empresa en particular, puede eludir las no iniciando con su conducta la resolución de un contrato sin justa causa.

b') Aplicación extensiva del artículo 213 L. P. L. Precedente ejemplar.

El artículo 213, como paradigma de precisión y máxima garantía de la estabilidad laboral, afirma:

“En todos los casos en que por sentencia firme se declare improcedente el despido de algún trabajador que desempeñe destino para el que sea preciso ingresar al servicio de la empresa por oposición o concurso-oposición, conforme a los reglamentos de trabajo o a los reglamentos o estatutos particulares de aquélla, y el interesado opte por la readmisión, será ésta obligada para la empresa, sin que proceda la indemnización a que se refieren los artículos anteriores.”

Conviene, antes de especular sobre la pertinencia de ensanchar el marco aplicatorio de este precepto, subrayando el alto valor de su contenido, puntualizar el lugar exacto que ocupa dentro del sistema ordenador del despido, así como el curso excepcionante que en su previsión experimenta el mecanismo de figuras ya preestablecidas con otro sentido.

- En primer lugar, y en razón directa al puesto que ocupa el citado artículo 213 de la L. P. L., hay que destacar que se encuentra en la misma sección 2.^a, “Casos especiales”; 2. “Despidos”, del título I, “Ejecución de sentencias”, del libro IV de la ley, “De las ejecuciones”, o sea dentro de la llamada ejecución de sentencias de despidos, pues es un artículo escrito a continuación de los examinados, 208 a 212.
- El supuesto, por tanto, hace mención a idéntica causa conflictiva: Casos en que por sentencia firme se declare improcedente

el despido de algún trabajador; esto es, la misma plataforma fáctica acaecida a propósito del despido improcedente, o sea, cuando la empresa resuelve unilateralmente la relación sin apoyarse en justa causa, que a tenor de la ordenación general se condena y estigmatiza.

- A continuación se advierte el sentido excepcionante de la norma, que particulariza así una regulación en méritos a una cualidad de subjetividad laboral hasta entonces desapercibida por el ordenamiento, que siempre actúa con indiferenciación de la condición de trabajador del despido. Tal cualidad se explica por estas dos circunstancias “ad hoc” concurrentes en el trabajador: En primer lugar, que desempeñe un *destino* en la empresa, voz, pues, que “nominatim” es la primera vez que se utiliza, porque anteriormente habla de “puesto de trabajo” —artículo 81 L. C. T.—, o simplemente “trabajo”, “categoría”, de su artículo 101 L. P. L., y aunque el término “destino” no sea alusivo “per se” a una diferencia básica con el de ocupación laboral o puesto de trabajo, sí ostenta ciertas resonancias que aluden a un cometido selectivo, que es la idea, a la vista de su sanción, que late en el precepto; en segundo lugar, que para desempeñar ese destino “sea preciso ingresar al servicio de la empresa por *oposición o concurso-oposición* (técnicamente, incluye en los “prevvi” o frase preliminar del contrato), conforme a los reglamentos de trabajo o a los reglamentos o estatutos particulares de aquélla; es decir, que el trabajador no haya sido contratado por el general procedimiento del exclusivo consentimiento contractual o haciendo uso de la oferta laboral a través de una directa formalización del nexo establecido, sino que debe haber superado, previamente, o una prueba de conocimientos o aptitud libre —oposición—, o conjugándose su eficacia con los méritos, además de la prueba, demostrados —concurso-oposición—, y tras su resultado positivo se ha procedido al establecimiento de la relación laboral. Sólo, pues, cuando acaecen ambas cosas funciona la particularísima dirección de la norma. Si el trabajador opta por la readmisión SERÁ ÉSTA OBLIGADA PARA LA EMPRESA, sin que proceda la indemnización a que se refieren los artículos anteriores. Se excepciona, pues, lo dispuesto NO EN LOS ARTÍCULOS ANTERIORES, sino en el artículo anterior, 212, porque será entonces cuando el Magistrado imponga ese cumplimiento “in natura”, como ya se verá.
- Finalmente, conviene subrayar que la excepción comentada tiene ese exclusivo efecto de eliminar la indemnización en el final resolutorio de la ejecución de la sentencia, y por tanto NO ALTERA el citado precepto en nada ni el mecanismo ni la atribución del derecho de opción, pues la actualización del artículo sólo será en aquellos despidos calificados improcedentes con opción laboral, o sea, cuando el demandado sea empresa de 50 o más operarios fijos. Esto es capital, porque, en cierto

modo, atenúa el relieve paradigmático apuntado de la sanción al circunscribirla sólo a las hipótesis de opción laboral.

Contemplando ahora su contenido sustantivo destaca, en consecuencia con lo apuntado, que su fisonomía “sui generis” no funciona sino hasta el final del proceso, porque el mismo se ha tramitado igual a los casos generales; o sea, iniciado por resolución unilateral sin justa causa, se interpone la demanda de despido por el trabajador, en cuyo juicio acredita esa inexistencia, así como la cualidad de destino desempeñado a través de un ingreso por oposición o concurso-oposición, se dicta la resolución de improcedente, y ÚNICAMENTE si la demandada cuenta con 50 o más operarios se otorgará la opción al trabajador, quien, a su vez, si elige por la readmisión, procederá esta imposición coactiva de cumplimiento “in natura”. Tres cuestiones parece que resaltan, y que han de abordarse:

aa) *Problemática de su casuística aplicatoria.*

Se precisa, pues, que el despido se haya producido cuando el trabajador desempeñaba el destino para cuyo cometido se requirió un ingreso por oposición o concurso-oposición; esto es, se resuelve por la empresa ese destino, esa ocupación laboral concreta. Esto es muy delicado, y lo afirmado responde a un simplista comentario sobre la hermenéutica del 213, pero, a veces, puede encerrar una cuestionabilidad preocupante. Por ejemplo, ¿funcionará el 213 únicamente cuando el trabajador despedido desempeñe exactamente el mismo destino para el que precisó la oposición o concurso-oposición?, y de consiguiente, ¿funcionará a no cuando dicho trabajador, aunque originariamente ingresó por oposición o concurso-oposición, actualmente desempeña otro destino alcanzado por promoción o ascenso? Como se ve, el problema es de cierta dificultad, porque en la práctica la segunda hipótesis, que es la controvertida, se dará con relativa frecuencia. La respuesta a la pregunta primera es parcial, o afirmando una realidad indiscutible: El 213 y su correspondiente garantía ciertamente se aplicarán cuando el puesto de trabajo desempeñado por el despedido sea el mismo del destino o de su ingreso originario por oposición o concurso-oposición; esa es la resultante literal y diáfana. En cuanto a si la garantía persiste cuando ya en el proceso se debata un despido de trabajador ingresado al servicio de la empresa con esas observancias de aptitud, pero que actualmente no desempeña igual cometido o destino al originario de ingreso, hay que responder:

- Lo que interesa demostrar en el proceso para la incidencia del 213 es que el ingreso al servicio de la empresa se hizo por oposición o concurso-oposición; éste es el factor concluyente y condicionante de las demás consecuencias, para lo que el elenco de instrumentos de prueba que el precepto indica es suficiente. Acreditada, pues, esa cualidad profesional, se estará ya dentro de la órbita del artículo.
- Si, en su caso, asimismo se prueba que el *actual destino*, aun-

que no es idéntico al primitivo, pero se ha conseguido por el trabajador siguiendo el cauce ordinario de promoción o ascenso existentes en la plantilla de la empresa, igualmente prevalecerá la proyección del artículo 213, porque ese nuevo destino tiene su causación en el destino de ingreso contemplado por el precepto, y, por tanto, devenido por un fenómeno regular de innovación laboral, gozará de las mismas garantías.

- ¿Qué ocurrirá si previamente al despido y después del ingreso por oposición o concurso-oposición el trabajador voluntariamente cambia su puesto de trabajo por otro más conveniente a sus intereses económicos o profesionales? La diferencia aquí con el precedente radica en que el destino percutido por el despido no es el de ingreso, por ese cambio de voluntad, mientras que en el anterior el cambio obedeció a una promoción o ascenso de categoría; nos parece que, no obstante, la solución ha de ser idéntica, porque ya se trate de permuta voluntaria de puesto de trabajo, ya sea ascenso en la categoría —también de operatividad deseada por el trabajador—, al haber acontecido ambos cambios con la equiescencia de la empresa y de común acuerdo, no debe luego ello esgrimirse para cercenar la garantía del 213, empequeñeciendo su alcance, sobre todo al ser idéntico el cauce de ingreso por oposición o concurso en la empresa.
- Otra solución sería si, por ejemplo, previamente el trabajador, con renuncia expresa al puesto de destino obtenido por oposición o concurso, solicita un traslado o cambio conociendo de antemano la desaparición de sus derechos al punto; si luego es despedido en el actual trabajo por la misma empresa, no cabe la aplicación del precepto; claro está que en el asunto ha de evitarse cualquier suspicacia o riesgo en la conducta del empresario que incitase soterradamente y con estímulos ciertos al trabajador a citado cambio, para luego proceder a su despido ya sin el peso del 213. La realidad puede brindar hipótesis como las señaladas, ante las que siempre el órgano jurisdiccional debe calibrar si en el acontecimiento generador del cambio de destino la empresa lo ha interferido con una suerte de acciones fraudulentas atrayentes del estigma del “despido preconstituido”, y sólo cuando compulse esa inexistencia, así como que el trabajador reflexionó sobre la pérdida de derechos contenidos en el 213, tal vez inclinarse a su inaplicación. En ello, en fin, y como siempre ocurre en el Derecho, el baremo de normalidad de acontecimientos será el decisivo; en otras palabras, si el Magistrado especula y se plantea el fenómeno, comprobando si la innovación de destino así ocurrido responde a lo que cualquier otra persona hubiera hecho en circunstancias análogas, entonces, según sea su respuesta, así estimará que el cambio fue prístino o, por el contrario, que se manipuló con esta idea “preconstituida” empresarial, y respectivamente aplicará o atraerá la sanción referenciada.

bb) *Procedencia del trámite de ejecución de sentencias. De despido.*

La segunda cuestión que plantea el precepto es si con su previsión se precisa, en el caso de que se trate, agotar el trámite señalado en los artículos 208 y siguientes sobre ejecución de sentencias de despido improcedente, o si, en cambio, tras la sentencia entrará directamente en funcionamiento la norma. En el primer caso, entonces, el 213 reemplaza sin más al 212, y el Magistrado en vez de su resolución sustitutiva de resarcimiento impone el cumplimiento específico de la readmisión; en el segundo no hará falta el trámite de ejecución, y sólo basta con que se aplique a seguido el 213. Por el mismo encaje sistemático del artículo, dentro de la ejecución de despidos, parece que siempre procederá agotar el trámite de ejecución, a lo que conduce la literalidad del artículo, que únicamente excepciona al final "sin que proceda la indemnización a que se refieren los artículos anteriores", o sea, aparta sólo la indemnización, pero no el trámite; la referencia a los artículos anteriores es inexacta, porque el único que habla de indemnización, que es lo salvado, es el 212. Nos inclinamos, pues, en que juege el 213 en lugar del 212 y se agote el trámite de ejecución.

cc) *Incumplimiento empresarial de la obligación de readmisión: procedimiento coactivo.*

¿Qué ocurrirá si, a pesar de la obligación impuesta jurisdiccionalmente del artículo 213, el empresario se resiste a cumplirla? Esa inobservancia empresarial es perfectamente dable, al igual que acaeció su resistencia por cumplir la readmisión del trabajador despedido cuando éste optó por el reingreso, y para cuya ejecución precisamente están los artículos 208 a 212 de la L. P. L. La ley sobre el asunto no prevé la posibilidad, siempre verosímil, de este incumplimiento, por lo que habrá de rellenarse el correspondiente vacío. Al punto se pregunta, ¿es viable la coactividad máxima que constriña al empresario a la readmisión?; en caso contrario, ¿cuál será la última decisión y de qué contenido del conflicto?, ¿cuáles serán los trámites para su ejecución, los repetidos de la ley o los generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil? Las respuestas asimismo se concatenan:

- De nuevo surge el reencuentro con el personalismo del contrato, por lo que no es defendible la tesis de la coactividad máxima que anule la libertad del empresario; no hay base jurídica para forzar a quien no quiere a mantener a alguien a su servicio. No es posible, pues, el cumplimiento coactivo "in natura". En ello el peso de las advertencias al efecto del Derecho común es ineludible.
- Las fórmulas integradoras de ese vacío siempre han de partir de que se trata del incumplimiento de una obligación de hacer, aunque se haya constituido "ope sententiae" en base a un precepto de "ius cogens"; la panorámica fáctica es exactamente igual a la del rehusé de la readmisión en los despidos en gene-

ral, con la diferencia de que aquí el legislador prevé la ordenación de los artículos 208 y siguientes, mientras que en este supuesto no hace previsión alguna; puede, de consiguiente, ante ese incumplimiento, o acudirse a reproducir el trámite laboral de ejecución que siempre terminará en la resolución del 212, o en virtud de la sanción del 1.098 del C. c., acudir a los trámites de ejecución de las sentencias de la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículos 923 y siguientes. Por ambos cauces se llega a igual resultado: reemplazar el cumplimiento "in natura" por el sustitutivo impuesto de tipo reparador o de resarcimiento. Ante el silencio parece más útil e ilustrativo reproducir el trámite laboral. En todo caso, la sentencia o resolución de la ejecución acogerá un "quantum" expresivo y bien condenatorio de la empresa, y satisfactivo del trabajador, sirviéndonos de ejemplo la reforma del 212; si entonces se habló de dos y seis años en sus límites mínimo y máximo, parece prudente que para evitar el riesgo de inexistencia del límite mínimo, y que la cualidad de ingreso por oposición o concurso es predicable en los casos de su mecanismo, la indemnización en cuestión discurrirá entre cuatro y ocho años; se elevan los toques en razón no sólo a un incumplimiento empresarial aún más reincidente —pues se añade la inobservancia del 213 al cúmulo de preceptos que le obligaban—, sino a que el baremo satisfactivo del trabajador ha de ensancharse por su mayor complejidad profesional y los firmes y costosos atributos que adquirió para ejercer su trabajo al superar las pruebas indicadas.

Finalmente se subraya que la sanción del 213 es plausible en cuanto representa una ostensible preocupación del legislador patrio por asegurar la estabilidad laboral de ciertos trabajadores; su idea, convenientemente ensanchada, que también identifique la calidad de la aptitud previa por una eficiencia demostrada o conducta intachable, podía asimismo aplicarse a otros casos de despido, con lo que se disiparía la, acaso tal vez exagerada, acusación de exponente de un clasismo tutelador de la ley, que oscurece su general información garante de los derechos laborales, al ser su "ratio legis" la especial protección de quien ostenta una idoneidad para el trabajo oficialmente demostrada.

c') Alusión a los artículos 214, 227 y 228 L. P. L.

Se estudian simplemente por contener, asimismo, disposiciones sobre el despido improcedente, con lo que de esta forma se agota la ordenación "de lege data" de esta institución.

En el artículo 214 se dice: "Cuando recaiga sentencia firme en la que se declare la extinción del contrato de trabajo, si el trabajador ocupaba vivienda por razón del mismo deberá abandonarla en el plazo fijado en el último párrafo del artículo 52 de la Ley de Contrato de Trabajo. SI EL DESPIDO SE DECLARA IMPROCEDENTE y no se opta por la readmisión, el Magistrado, si existe motivo fundado, podrá prorro-

gar dicho plazo por dos meses.—Una vez transcurridos los términos del párrafo anterior, el empresario podrá solicitar de la Magistratura la ejecución mediante el oportuno lanzamiento, el que se practicará seguidamente, observando las normas previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.”

Previene el precepto, pues, la eventualidad del trabajador que ocupe una vivienda por razón de su trabajo y posteriormente se extinga su relación laboral; naturalmente, entonces, y siendo ese disfrute de la vivienda consecuencia de su cualidad de trabajador, también debe extinguirse este disfrute. Sobre el precepto pueden hacerse estas observaciones:

- Que la remisión que hace al último párrafo del artículo 52 de la L. C. T. hay que entenderla en ese estricto sentido, o sea, que extinguida la relación laboral, y con la salvedad al despido improcedente, el trabajador abandonará su vivienda cuando transcurra un mes después de la extinción; de nuevo el artículo 52 habla de rescisión del contrato de trabajo, con evidente y denunciado ya desacierto. Por lo tanto, la hipótesis contemplada en esta norma de que el patrono alquile al trabajador una vivienda, y se controle el importe de su alquiler, no tiene por qué siempre ocurrir, ya que basta contemplar el contenido del artículo 37 de dicha ley para afirmar que, a veces, dentro de uno de los conceptos integrantes del salario se encuentra el disfrute de vivienda, en cuyo caso será sin alquiler alguno; en todo caso, ese plazo de un mes será aplicable.
- La excepción comentada se refiere a cuando la resolución del contrato lo haya sido por despido y éste se haya declarado en la sentencia improcedente; la sanción al respecto consagra una garantía proteccionista para el despedido al establecerse la posibilidad de prorrogar ese plazo de un mes por otros dos; mas esta posibilidad se matiza por dos circunstancias: 1) Que no se haya optado por la readmisión, y habida cuenta el juego de la opción causante, hay que inquirir que ese efecto puede ser debido o por la opción empresarial en empresa de menos de 50 operarios fijos cuando elija la indemnización fijada —hipótesis habitual— o por la opción laboral, en empresa de 50 o más trabajadores, cuando el trabajador elija la indemnización, por lo que su incidencia es total con independencia de la atribución opcional, siempre que ésta elimine la alternativa “in natura” de la sentencia. 2) Que así lo acuerde la discrecionalidad judicial, cuando el Magistrado crea existe motivo fundado; aunque en la práctica el temor que se apunta se disipa por el celo jurisdiccional, que siempre otorga esa prórroga a favor del despedido sin causa justa, debía, desde luego, consagrarse por la ley en modo imperativo mentada prórroga, sin permitir el quizá insólito criterio del que juzgue en contrario. Ello, porque se entiende que la serie de quebrantos padecida por el despedido sin justa causa podría paliarse si en este par-

particular, y suponiendo que la vivienda en cuestión cumple para él y su familia una función vital, el legislador impusiera una continuidad locacional o gratuita hasta que prudencialmente resolviera su situación. Piénsese que el uso de vivienda se engarza intensamente en su necesidad sentida en el cúmulo de medios precisos para subsistir. Y es más, “de lege ferenda”, no sólo esa línea imperativa apuntada, sino, además, se debería ampliar esa prórroga durante el plazo de un año, lapso cronológico de carácter satisfactivo para el trabajador despedido.

- El lanzamiento final aludido se practicará conforme a los trámites establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículos 1.595 y siguientes.
- Y por último, se subraya que el disfrute de vivienda por el trabajador por razón de su actividad laboral es fenómeno tan corriente que en la propia Ley de Arrendamientos Urbanos se excluyen de su órbita las locaciones correspondientes; esta salida de la legislación especial es la que permite, en coherencia legislada, la particular conformación del artículo 214 de la L. P. L.

El artículo 227 de la Ley de Procedimiento Laboral dice: “En los juicios en que se ejerciten acciones derivadas de *despido improcedente*, cuando la sentencia de la Magistratura fuera favorable al trabajador y el empresario interpusiera alguno de los recursos autorizados por la Ley, éste vendrá obligado, mientras dure la tramitación del recurso, a satisfacer al recurrido la misma retribución que viniere percibiendo con anterioridad al hecho del despido, y continuará el trabajador prestando sus servicios, a menos que el empresario prefiera hacer el abono aludido sin compensación alguna.”

El precepto referenciado contempla la situación que puede producirse, en la realidad, cuando, y tras haberse dictado una sentencia en que se declare el despido improcedente, el empresario interponga un recurso de suplicación contra la misma, resolviendo la problemática de la relación laboral en lo concerniente a las circunstancias en que queda el trabajador durante el tiempo de tramitación del recurso. La sanción, desde luego, es ajustada, pues agota los distintos intereses en conjunto, acoplando unas fórmulas, que, como se dice, son correctas. En efecto:

1.º) Satisface la situación del trabajador durante dicha tramitación, porque, es obvio, que habiéndose ya, por la empresa, resuelto unilateralmente el contrato, y como la sentencia que declara el despido improcedente no es firme, se proclame que ha de mantenerse la “indemnización complementaria” fijada por el artículo 104, y, en esa idea, se obliga al empresario a continuar satisfaciendo al trabajador recurrido la misma retribución que viniera percibiendo con anterioridad al hecho del despido; se estructura así una carga económica para el empresario, porque precisamente al recurrir éste voluntariamente de la sentencia dilata la firmeza de la misma y, por

tanto, su ejecutoriedad, todo lo cual, no puede perjudicar los derechos salariales del trabajador injustamente despedido.

2.º) Se tutelan también los intereses de ese empresario recurrente, concediéndole una opción legal: a) Por un lado, al preceptuarse la alternativa general de que el trabajador continúe prestándole sus servicios, o sea, realizando los hechos causantes de la retribución que se señala; b) O bien, si el propio empresario lo prefiere (y sin duda para abarcar aquellas hipótesis extremas en que, roto el personalismo contractual en la representación contemplativa patronal, y, acaso, por el acaecimiento de unas motivaciones socio-laborales o incluso psicológicas, aconsejan la no continuación del trabajador en la empresa) permitiéndose el abono de la citada retribución sin la debida compensación servicial.

Se insiste, pues, que el artículo 227 es uno de los que prestigian, indudablemente, la capacidad previsora y de tutela social del legislador patrio.

En el artículo 228 se dice: “Si en virtud de lo dispuesto en el artículo anterior se presentase petición del trabajador, por escrito o por comparecencia, con el fin de exigir del empresario el cumplimiento de aquella obligación, el Magistrado elevará suplicatorio al Tribunal Central o al Tribunal Supremo, según proceda, exponiendo el hecho y reclamando certificación de la sentencia para resolver con jurisdicción propia.

Remitida la certificación por el Tribunal Superior o con vista de copia autorizada que ya obrase en la Magistratura, por ésta, oídas las partes, se resolverá sin ulterior recurso.”

Finalmente el artículo 228 contempla el resto de incidencias que pueden darse para el cumplimiento de lo establecido en el artículo precedente, y así, en consecuencia, puede ocurrir:

1.º Que las circunstancias de la relación laboral, una vez surgido el supuesto de hecho del artículo 227, o sea, el recurso empresarial, se ajusten a lo que normalmente se prevé: que el propio recurrente y hasta el mismo trabajador recurrido, y tras la presentación del recurso, se pongan de acuerdo para que por el primero se satisfaga la retribución y por el segundo se continúe trabajando, salvo que el empresario prefiera retribuir sin la prestación de los servicios, todo ello mientras el asunto continúe “sub-judice”. Esta normalidad y voluntario acatamiento del 227, ocasiona la inaplicación, por inútil, del 228.

2.º Que no ocurra esa normalidad: es decir, que tras la presentación del recurso, las partes no se hayan puesto de acuerdo para el acatamiento de lo establecido en el 227; en esta hipótesis, el artículo 228 presupone que ya los autos se hayan elevado por el Órgano “a quo”, al Tribunal Superior, tras los trámites previstos en los artículos 154 a 159 de la Ley de Procedimiento Laboral, siendo, por ello, pertinente la remisión del suplicatorio a que se hace referencia en el precepto; naturalmente, si cuando se presenta la petición del trabajador o la comparecencia, aún no se hubiesen remitido los autos al Tribunal “ad-quem”, no será preciso dicho suplicatorio, puesto

que el Magistrado los tiene a la vista para la resolución que se previene en el último párrafo de este artículo. En definitiva, en una y otra hipótesis, la ulterior tramitación responderá a la siguiente dualidad: a) Cuando la anomalía inicial obedezca a una simple falta de contacto entre las partes o tal vez desconocimiento de la normativa del 227: parece ser que, entonces, la lógica de los acontecimientos, permitirá que el simple traslado de la petición del trabajador al empresario, conduzca a éste a la obediencia del 227, acogiéndose a la electividad ya razonada; en nuestra opinión, si esto es así y así se cumple, no se estima preciso dictar resolución alguna por la Magistratura. b) Si la normalidad respondiera a una resistencia empresarial por acatar el artículo 227, será, entonces, cuando juegue plenamente el inciso final del 228, y, de consiguiente, previa citación de las partes, se celebrará una comparecencia, en donde el Magistrado, oyendo a los interesados, y cualquiera que fuese lo alegado por el empresario para no cumplir la sanción del 227, impondrá a éste su observancia por resolución o el auto correspondiente. La ejecución de lo resuelto no presentará otras dificultades que las propias de las resoluciones firmes dictadas en materia de despido, según su particular contenido.

c) Creación de un Fondo Asistencial a favor de estos despedidos. Funcionamiento.

Es la última de las "posibles fórmulas *de lege ferenda*" que se nos ocurre intentar con el objetivo de amortiguar los menoscabos o situación de desamparo que en la práctica padecen los trabajadores que, a pesar de haber obtenido una sentencia favorable de despido improcedente, se resuelven sus respectivos contratos por el ejercicio de la opción establecida.

La ventaja, como se verá, de esta aportación es que en ella cabe *mantener* la legalidad vigente en torno al despido, ya que sus consecuencias materiales se cubrirían mediante el establecimiento de dicho Fondo Asistencial, y que por naturaleza había de adscribirse, dentro del Ministerio de Trabajo, a la Dirección General de Empleo.

Sus notas funcionales podían ser:

1) *Cobertura salarial durante un año.*

Con la precitada localización administrativa su cometido asistencial tendría por finalidad atender las necesidades sentidas por los trabajadores que, aunque han obtenido una sentencia favorable declarando su despido como improcedente o sin causa justa, y además, habiendo prestado sus servicios como fijos en la empresa condenada, se ha resuelto su relación de trabajo por el juego de la opción; y con la idea de precisar aun más el alcance de la protección, se establecería que, debiendo abonar el organismo citado en todo caso los salarios correspondientes a tales trabajadores durante el tiempo de un año a partir del despido —objetivo asistencial predominante—, se satisfaría por la empresa, además y en su caso, el exceso de las indemnizaciones superiores al año; la percepción de esa cobertura se

realizaría mensualmente, y siempre y cuando el trabajador no encontrara en ese plazo del año otro trabajo adecuado, para controlar lo cual se impondría a las empresas la obligación de comunicar al Fondo los nuevos contratos celebrados por las mismas. Por supuesto que mientras persista citada asistencia el trabajador tutelado disfrutará de todos los beneficios existentes en la Seguridad Social del país.

2) *Intercomunicación con las Oficinas de Colocación Obrera.*

Con el fin de amortiguar las cargas económicas del Fondo, y como se ha dicho que el límite anual de cobertura cedería en el caso de que el asistido encontrara otro puesto de trabajo, sería conveniente que estos trabajadores despedidos gozasen de una preferencia especial para ocupar eventuales puestos que se produjeran dentro del mercado laboral, a cuyo efecto y mediante una detallada conexión con las Oficinas de Colocación vigentes podría obtenerse un resultado consecuente. Porque se subraya que el Fondo no sirve para mantener la holganza, sino con el teleologismo satisfactivo de cubrir la orfandad de estos despedidos sin justa causa.

3) *Financiación económica: Aportación pública y cuotas empresariales (reenvío al "quantum" racional).*

Naturalmente que la sugerencia que se apunta encontrará los obstáculos insalvables de la financiación por su correspondiente gravitación económica. Al efecto, podrían ser soluciones concurrentes que el mantenimiento dinerario del mismo, para afrontar las cargas de cobertura salarial expresadas, fuese por este doble cauce: 1) En primer lugar, y por el carácter administrativo del Fondo y su adscripción al Ministerio de Trabajo, dada su indiscutible operatividad de política social, gozaría de los fondos públicos actualmente destinados para paliar el paro obrero, convenientemente incrementados; es conocido el dato, de meritorio acierto, de las ingentes sumas que el Gobierno dedica para afrontar el problema del paro, por lo que, representando estos despidos una eventualidad semejante, el destino parcial de esos fondos no desvirtuaría su cometido de origen; la aportación suministrada por esta vía alcanzaría el 50 por 100 de las necesidades previstas para la cobertura salarial de cada año. 2) En segundo lugar, el otro 50 por 100 se lograría merced a la directa percepción de las empresas afectadas en los despidos decretados. O sea, toda empresa condenada por un despido improcedente estaría obligada a ingresar la mitad de las indemnizaciones fijadas de UN AÑO de salario en la sentencia cuando la alternativa elegida fuese la sustitutiva del resarcimiento. Esta implicación empresarial en la financiación del Fondo se justifica por varias razones: a) Por descargar en forma ostensible la dedicación de ingresos públicos para semejante menester y posibilitar con ello el engarce del organismo con los correspondientes que existen a la sazón sobre ayudas al paro obrero. b) Porque así resultan gravadas materialmente por resoluciones de despidos improcedentes, a consecuen-

cia de haber sido ellas las únicas causantes de la situación laboral remanente de desempleo. c) Porque, en otro sentido, se les libera en la mitad justamente del importe indemnizatorio fijado de UN AÑO en las sentencias, con lo que por este otro camino se viabilizan las fórmulas expuestas sobre elevación racional de los límites inferiores y superior de las indemnizaciones, perdurando, no obstante, su objetivo satisfactivo ineludible. d) Porque a través de esta participación económica de las empresas causantes del desempleo cubierto por el Fondo, éste no viene a sustituir torpemente lo que es efecto de una conducta injusta, ni deja impune su pertinentes gravamen económico: Si el patrono provocó el despido injusto, debe pechar con sus consecuencias, aunque sea en parte. De lo contrario no habría justificación posible para el organismo, que sólo, entonces, acunaría una institución de privilegio o refugio financiero de las empresas. 3) Se resalta que su participación en el 50 por 100, aparte de coadyuvar en la financiación del Fondo, representa el montante que en la praxis traduce un juicio de rehusé y condenatorio, y su reducción en la mitad se justifica porque a su socaire se facilita el incremento indemnizatorio antes apuntado, con lo que casi habría base para entender que un sistema legal adecuadamente reformado al punto provocaría parecida incidencia económica a la vigente para las empresas, y todo ello, claro está, con independencia de su responsabilidad exclusiva por el exceso en las indemnizaciones superiores al año, como se ha dicho.

En definitiva, se subraya que la creación de un Fondo Asistencial como el delineado cubriría perfectamente la situación del trabajador despedido, y, además, que su eficiencia oportuna le respaldaría ante cualquier riesgo de insolvencia —al igual que hoy establece el artículo 176 de la Ley de Seguridad Social— o impago de las cantidades a cargo de la empresa afectada —sin perjuicio de sus vías de repetición—, proporcionándole, en fin, una estabilidad adecuada para afrontar su porvenir laboral con semblante de esperanza.

CONCLUSION

Afirmar que el sistema legalmente establecido sobre el despido improcedente no colma las aspiraciones del mundo laboral; es bien notorio; precisamente el problema se agudiza por doquier, y las voces de protesta se levantan incesantemente, trascendiendo, incluso, el clamor a la prensa diaria, prueba de la actualización del fenómeno. Como ejemplos, se seleccionan, del diario "Ya" de Madrid, los siguientes:

De fecha 10 mayo 1974.—"Preocupación por el *despido libre con indemnización*.—El Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Cataluña pide el cambio de la legislación que ampara tales situaciones... y su Junta de Gobierno publica la siguiente nota: "Hondamente preocupados por el creciente número de despidos efectuados en estos últimos meses, a todos los niveles, incluyendo entre los despedidos un buen número de profesionales, la Junta de Gobierno de este Co-

legio Oficial de I. I. de Cataluña lamenta la indefensión en que se encuentran todos los trabajadores, profesionales y no profesionales, frente a la práctica del despido libre con indemnización, regularizado por el artículo 103 del vigente texto refundido de procedimiento laboral... Una situación que no es justa: Se da, pues la paradoja —continúa la nota— que un despido declarado improcedente por la Magistratura puede convertirse en un despido libre con indemnización, fijada ésta de nuevo por el magistrado. Todo ello está muy alejado de lo que requeriría una solución justa al despido fallado como improcedente por la Magistratura.—Por todo ello, esta Junta de Gobierno se manifiesta en contra de la institucionalización práctica del despido libre con indemnización, en la que desemboca la actual regulación jurídica de nuestro país y solicita los adecuados cambios en ella para que no se repitan esas circunstancias que actúan en detrimento de una deseada convivencia pacífica; que no puede tener más base que la justicia social.”

De fecha 21 junio 1974.—“Criterios para un replanteamiento de la regulación del despido.—El Consejo Nacional de Trabajadores estima que hay que actualizar las causas justas de despido. Equiparar los efectos del despido indirecto a los producidos por el directo.—En el tomo de conclusiones del último Pleno del Consejo Nacional de Trabajadores, que se celebró en Madrid los días 5, 6 y 7 de febrero pasado —y cuyas conclusiones han sido entregadas recientemente al Presidente del Gobierno— se apuntan una serie de criterios para la elaboración de la Ley General Básica del Trabajo... Y en lo referente al despido se habla de...: Nueva regulación de los efectos del despido, desapareciendo la posibilidad de que la empresa pueda optar entre la readmisión y la indemnización, *concediéndose dicha opción, en todo caso de despido improcedente, al trabajador*. Desaparición del trámite llamado “incidente de readmisión”, estándose en todo caso a lo resuelto por el órgano judicial en su sentencia.”

De fecha 17 noviembre 1974.—“Es hora de definir las responsabilidades en la ejecución de la política social.—El Consejo Nacional de Trabajadores denuncia: El despido improcedente, comprado mediante indemnización.—La Comisión Permanente del Consejo Nacional de Trabajadores ha aprobado, previas las deliberaciones correspondientes, un documento elaborado por el Comité Ejecutivo de dicho Consejo, titulado: “El Consejo Nacional de Trabajadores ante el momento político-social”.—Los *móviles del capitalismo*: Para asegurar su preeminencia “pretende *establecer* un desequilibrio a su favor mediante un sistema que supondría: *el despido libre* y el reconocimiento del desempleo como un estado natural de la economía... Nuestras reivindicaciones: ... Nuestra denuncia del *despido improcedente, comprado mediante indemnización*.”

De las anteriores transcripciones, en cuyo contenido laten circunstancias sociolaborales ya analizadas en el tema, destacan, por su significativo cariz, expresiones como éstas:

1) El despido libre con indemnización. 2) Concesión de la opción, en todo caso de despido improcedente, al trabajador, y 3) El despido

improcedente, comprado mediante indemnización. Esta última, sobre todo, y proveniente de un organismo tan representativo del concierto-laboral, como es el C. N. de T., es “aleccionadora” y se repite por el hombre de la calle; últimamente hasta un alto dirigente sindical, también ha hablado del fenómeno intolerable de “comprar esas sentencias de despido improcedente dictadas por la Magistratura”.—No se trata, ahora, de reajustar a su exacta verdad, frases que, aunque con cierto sabor demagógico y pugnantes —por ello— con la técnica jurídica, encierran un fondo de justicia social evidente. Mas, en nuestra opinión —ya desarrollada ampliamente— la única reforma legal al sistema instituido, en puridad de juristas, no puede responder a la prohibición del despido empresarial, que es a lo que tiende esa campaña, por lo que únicamente la finalidad perfecta ha de hallarse con las fórmulas propuestas u otras parecidas. Y no cabe esa posibilidad, porque, como se expuso, y en resumen:

El personalismo del contrato de trabajo, con un tracto prestacional sucesivo o continuo, no tolera la imposición legal de su vigencia en contra de la voluntad de alguna de las partes, porque igual que “a nadie puede obligarse a prestar servicios a quien no quiera, tampoco cabe obligar a recibir servicios —y actuar en consecuencia— de aquel a quien no se quiere”.

De nuevo, hay que reproducir la sanción establecida en los artículos 1.098 del Código civil, en relación con los 923 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento civil, como regulación general del problema, que hasta la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, recoge en su ordenación sobre la ejecutoriedad de los actos administrativos en el artículo 108-2.º: “Si la obligación personalísima consistiera en un hacer, y no se realizase la prestación, el obligado deberá resarcir los daños y perjuicios, a cuya liquidación y exacción se procederá en vía administrativa.”

Y téngase en cuenta que se trata de una actuación de la Administración imponiendo una conducta a un particular, con base a su potestad reglamentadora, la cual, por el precepto indicado tampoco admite la coactividad máxima.

No existe en nuestro Derecho positivo en general, ninguna figura contractual, en la que por voluntad unilateral de alguna parte no se permita la cesación de sus efectos, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial en que incurra aquel que se aparta del mantenimiento de la relación, o cuando por su incumplimiento provoca en la contraparte la resolución contractual. El asunto, sin más, transita al campo de la extinción por incumplimiento, cuyo principio normativo se encuentra en el artículo 1.124 del Código civil, de general alcance en los contratos sinalagmáticos, con independencia de la posibilidad revocatoria por la voluntad unilateral, en los de naturaleza personal. Ejemplo de la extinción por incumplimiento de firme inspiración en el citado 1.124, existen numerosos en la misma Ley de Contratos del Estado, según Decreto 923/1965: Contrato de obras, artículos 52-1, 53; Contrato de gestión de servicios públicos, artículos 67, 75-1 y 77;