

Fecha de recepción	15 junio 2013
Aprobación versión definitiva	05 julio 2013

¿Indemnización por despido versus compensación por daños y perjuicios?

Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz
Profesor Agregado de la Universitat Oberta de Catalunya (UOC)

Resumen:

El Derecho del Trabajo, desde sus orígenes, ha considerado que la judicialización de los conflictos laborales y, particularmente, el despido injustificado era una amenaza para la rápida compensación del trabajador. Circunstancia especialmente preocupante en aquellas situaciones en las que el despedido no tiene acceso a ningún tipo de prestación por desempleo. En este contexto, el principio de economía procesal se ha convertido en el factor precipitador de una sucesión de cambios normativos dirigidos a agilizar el proceso laboral en caso de despido, con el objeto de ofrecer una compensación económica por los daños sufridos lo más rápida posible y sin necesidad de su prueba y cuantificación. En contrapartida, el Derecho del Trabajo, por un lado, ha conferido al deudor incumplidor de la prestación (el empresario) la opción – poco frecuente - entre cumplir la prestación in natura (readmisión) o por equivalente (indemnización). Y, por otro lado, ha limitado el importe de la indemnización por despido injustificado. Tasación que si bien permite cuantificar *ex ante* el “precio de salida injustificada”, también se ha traducido en situaciones de infracompensación. Lo que ha redundado en un uso excesivo de esta vía extintiva, pues, el responsable no está asumiendo (internalizando) la totalidad de los perjuicios que provoca con su conducta. En este sentido, esta configuración de la naturaleza jurídica de la indemnización legal tasada y de la nueva regulación de la LJS (en concreto, arts. 286.2 y 281.2) permiten sostener que un modelo de compensación alternativo que acerque la indemnización a los daños efectivamente padecidos por el trabajador es posible. O, dicho de otro modo, que la indemnización legal tasada por despido improcedente es jurídicamente compatible con una indemnización de daños y perjuicios.

Palabras clave: despido injustificado, indemnización legal tasada, principio de economía procesal, Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, compatibilidad indemnización daños y perjuicios.

Abstract

Traditionally, Labor Law has considered that litigation is an important threat to permit workers to receive a fast compensation in unfair dismissal cases; especially, when unemployment subsidies are not provided. In this context, procedure rules have been changing for decades in order to offer an economic compensation as quickly as possible, without the requirement of any evidence or quantification. In compensation, the legal system has given the employer the right to opt between readmit the worker or - an equivalent - pay him a fixed compensation. This means that under-compensation is an institutionally admitted effect (because damages are not included) and, therefore, it is possible that the defaulting employer does not assume all the cost of his illegal actions. In order to dissuade this kind of behaviors, the study proposes the compatibility of this fixed compensation with a damage one.

Key words: unfair dismissal, fixed compensation, procedure rules, damage compensation compatibility.

¿Indemnización por despido versus compensación por daños y perjuicios? ¹

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz
Profesor Agregado de la Universitat Oberta de Catalunya (UOC)

1.- Planteamiento: paro, estado de necesidad, principio de economía procesal, pronta compensación y limitación de responsabilidad empresarial por despido injustificado

La necesidad de preservar el contrato de trabajo, como medio para asegurar la supervivencia biológica del trabajador y de su familia, ha sido uno de los principales mecanismos para garantizar la paz social en las sociedades industrializadas. En caso español, es un planteamiento jurídico-político que se gesta en las primeras décadas del siglo XIX y se corporiza durante la II República. Momento en el que adquiere la condición de principio jurídico vertebrador del Derecho del Trabajo.

De todos modos, a pesar de ser un objetivo social y políticamente “deseable”, es evidente que en una economía liberal y de mercado la conservación del negocio jurídico no puede mantenerse a cualquier precio. Por este motivo, el propio sistema jurídico “debe” permitir algunas “vías” para quebrarlo. Lo que se traduce inevitablemente en la existencia de paro (y, muy particularmente, en los períodos de recesión económica).

La voluntad política y social de dar cobertura a las situaciones de necesidad que el desempleo acarrea, se ha convertido en un poderoso acicate para la búsqueda de fórmulas legislativas paliativas que las neutralicen. Y, ello sólo puede alcanzarse si se garantiza una compensación económica “adecuada” al perjuicio sufrido y, además, la misma se satisface con la mayor celeridad posible.

No obstante, durante los primeros compases del Siglo XX el Legislador es muy reticente al aseguramiento del desempleo. No sólo hallará dificultades técnicas, sino que entiende que, si lo hace, acabará empujando a los trabajadores a un estado de vagancia masiva y, consiguientemente, de forma irremediable condenará al Estado a la bancarrota². Lo que, en los albores de la legislación social, reduce las opciones compensatorias a la puesta en marcha de un dilatado y complejo proceso judicial civil.

En las páginas que siguen trataremos de exponer que, en este estadio, descartada la solución del aseguramiento, el Legislador español opta por cubrir las situaciones de necesidad generadas por la extinción injustificada del contrato potenciando una pronta compensación económica. No obstante, esta mejora de los intereses de los trabajadores tendrá un impacto trascendental en el sistema de protección frente al despido injustificado, porque la puesta en marcha de este mecanismo procesal se traducirá en una limitación de la responsabilidad contractual del empresario que ha perdurado hasta

¹ Una versión del presente trabajo se presentó en forma de comunicación en el XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social celebrado en Girona los días 16 y 17 de mayo de 2013.

² La percepción de que este riesgo en sí mismo no cumple con las condiciones que debe reunir toda contingencia asegurable y la falta de estadísticas contribuye al desconocimiento de la entidad real del problema. GARCÍA OVIEDO (1928), p. 21 y 22; y CUESTA BUSTILLO (1988), p. 767.

nuestros días. En definitiva, esta acción legislativa se traduce en una dificultad/imposibilidad de exigir la *restitutio in integrum* de los daños sufridos por la conducta ilícita del empresario (parcialmente corregida, en épocas recientes, cuando concurre una violación de derechos fundamentales). Y, sin duda, el efecto consiguiente es, por lo menos, inapropiado en términos de eficiencia normativa, pues, al limitarse cuantitativamente la responsabilidad, el causante del daño (el empresario) no interioriza los perjuicios derivados de su conducta. Lo que significa que probablemente no recibe los impulsos disuasivos necesarios para inhibirse con la intensidad que sería deseable. De modo que el sistema jurídico ha estado incentivando conductas socialmente inadecuadas.

Lo cierto es que si bien esta limitación podría tener sentido (y estar justificada) durante las primeras décadas del Siglo XX, no acaba de comprenderse a principios del XXI. Especialmente, porque el trabajador puede tener acceso a una pronta compensación a través del desempleo. Además, como trataremos de exponer, la posibilidad de reclamar una indemnización de daños y perjuicios en virtud de los arts. 1124 y 1101 CC, compatible con la compensación legal tasada por despido improcedente, es una opción razonablemente posible desde el punto de vista de la dogmática jurídica.

2.- El despido en la lógica liberal.

El régimen jurídico de la extinción del arrendamiento de servicios de “criados y trabajadores asalariados” regulado en el Código Civil, distingue entre contratos indefinidos y los sometidos a término (arts. 1583 CC). Los primeros pueden resolverse por desistimiento (art. 1583 CC - aunque, según la costumbre, paulatinamente se fue extendiendo la necesidad de preaviso³). Y, los sometidos a término, en cambio, exigen una justa causa (art. 1586 CC) y, por consiguiente, están sometidos a la lógica resolutoria del art. 1124 CC.

En cuanto al momento en el que se produce el efecto resolutorio, siguiendo la exposición de ÁLVAREZ VIGARAY (2003, p. 335 y ss.), si se acude a la resolución convencional, debe entenderse en el instante que las partes lo acuerden. En cambio, si se produce por decisión unilateral del acreedor, se produce en el instante que lo notifica al deudor, salvo que se abra la vía judicial. En tal caso, si los Tribunales aceptan la procedencia de la resolución, ésta no acontece con la sentencia sino desde el momento que se lo comunicó el acreedor al deudor.

En relación a los efectos derivados de la resolución propiamente, reiterando el criterio de BETTI (2000, p. 433), conviene tener presente que “lo que se resuelve no es el negocio jurídico con todos sus efectos, sino la relación contractual, de tal modo, que,

³ Tal y como apunta HOSTENCH (1929, p. 95 y 96), en la medida que para estos contratos no “existe ningún principio legal, hubo de acudir a los usos y costumbres de cada localidad para sentar una doctrina jurídica”. Destacando, a su vez, que “no en toda España los usos y costumbres son los mismos”. Así pues, como afirma el propio autor la Comisión Mixta del Trabajo del Comercio de Barcelona, en virtud de un acuerdo de carácter general obligatorio de 19 de abril de 1922 para los mozos de comercio y similares de todo el comercio al por mayor de la ciudad, se exige el respeto de un plazo de preaviso de un mes para los contratos de duración indeterminada, el de una semana, si cobran por semana y el de un mes, si por mensualidad (p. 123). En cambio, el art. 302 del Código de Comercio, reconocía este derecho a los auxiliares del comerciante. El paraguas protector que ofrecía el Código de Comercio impulsó las reivindicaciones obreras que pretendían que se les extendiera su régimen jurídico. Ante la negativa del Legislador de homogeneizar el régimen jurídico, se prodigaron las reclamaciones obreras solicitando la calificación mercantil de su contrato. En este contexto, la jurisprudencia jugó un papel fundamental, extendiendo o restringiendo el ámbito de aplicación subjetivo del Código de Comercio a los supuestos dudosos, aunque las soluciones adoptadas tuvieron desigual fortuna.

entre las mismas partes de la relación, pese a que la resolución despliega, por principio, efecto retroactivo, no se extienden sus consecuencias a las prestaciones ya efectuadas en el ámbito de un contrato de ejecución continuada o periódica”⁴.

Si la resolución se estima improcedente, el despido carece de efectos extintivos, entendiéndose que el contrato de trabajo ha permanecido vigente sin solución de continuidad y, por ende, el empresario incurre en mora. Lo que se traduce en la obligación de abonar los salarios devengados desde la decisión infundada del empresario hasta la fecha de la decisión judicial⁵.

Si la causa alegada justificativa de la resolución es procedente, la parte que resuelve el contrato puede reclamar, a su vez, el resarcimiento de los daños que por dicho motivo sobrevengan, a pesar de que el art. 1586 CC no lo manifieste expresamente⁶. De hecho, la doctrina ha destacado que esa mención resulta innecesaria, pues, si una de las partes extingue caprichosamente el contrato (sin justa causa), el deber de indemnizar el perjuicio provocado es una consecuencia jurídica derivada del incumplimiento de lo pactado⁷. Aunque, como se sabe, el mero incumplimiento no es por sí sólo motivo de indemnización, por lo que, el perjudicado debe probar la existencia del daño sufrido, así como la cuantía que estima debe valorarse⁸. Así pues, la percepción de la indemnización “queda remitida a la prueba de los perjuicios efectivamente producidos al trabajador litigante y que éste habrá de aportar”⁹.

Dada la parquedad e insuficiencia de la regulación, la determinación del importe de la indemnización queda supeditada al arbitrio judicial. Aunque la doctrina contemporánea, con una clara finalidad de proteger los intereses empresariales, destaca que, a diferencia de los contratos en general, la indemnización “sólo alcanza el importe del salario del plazo que media entre las fechas de su cobro por el obrero”¹⁰.

Desde una perspectiva de la acción resolutoria y, en particular, en relación a las opciones que describe el art. 1124 CC, la primera – el cumplimiento de la prestación específica - plantea dos situaciones conflictivas: por un lado, si el término ha expirado, difícilmente podrá exigirse el cumplimiento de lo pactado; y, por otro lado, las

⁴ En términos similares, MONTÉS PENADÉS (1989, 1186, 1187 y 1246 y ss.), tras trazar una distinción “entre el acto negocial (el negocio, el contrato) y la relación jurídica nacida del acto”, afirma que “la “resolución por incumplimiento” no afecta al negocio, sino a la relación que nace de él. El contrato, como fuente de la relación, no queda impactado por la resolución”; doctrina que, como recoge el propio autor, corrobora el propio Tribunal Supremo. En términos similares, ÁLVAREZ VIGARAY (2003), p. 419 y ss.; PANTALEÓN (1989), p. 1154 y 1155; y MOSCO (195-?), p. 110, 111, 287 y ss. En el ámbito laboral, SUÁREZ GONZÁLEZ (1967), p. 56 y 57; ABELLA MESTANZA (1976), p. 68 a 70; y GIL Y GIL (2004), p. 76.

⁵ Lo que claramente excluye que su naturaleza pueda calificarse como indemnizatoria. Reconociendo expresamente la mora del empresario, GONZÁLEZ VELASCO y VIVES USANO (1992), p. 758 y 759.

⁶ En contra de esta interpretación, ALBIOL MONTESINOS (1973, p. 9 a 17) sostiene que la regulación del art. 1586 CC es menos rigurosa que la del 1124 CC, por lo que en caso de despido, el empresario sólo tiene reconocido el derecho a resolver el contrato, pero no a percibir una indemnización. Del mismo modo, en caso de resolución del contrato por parte del trabajador por incumplimiento del empresario, aquél no tiene derecho a la indemnización. Interpretación que extiende al régimen previsto para los auxiliares del comerciante (arts. 299, 300 y 301 Ccom).

⁷ Aunque a este respecto, los trabajadores del servicio doméstico reciben un tratamiento jurídico ‘privilegiado’. Concretamente, pactado un término el trabajador puede desistir del contrato en cualquier momento, sin que se derive de su acción responsabilidad alguna. Posibilidad que ya estaba prevista en el proyecto del Código Civil de 1851 para los criados domésticos, y que se justificaba, según GARCÍA GOYENA, por la necesidad de proteger a este colectivo por ser “más desvalidos”. SOSA MANCHA (2002), p. 93.

⁸ ALARCÓN Y HORCAS (1927), p. 249.

⁹ GARCÍA ABELLÁN (1960), p. 5 y 6.

¹⁰ HOSTENCH (1929), p. 55.

situaciones en las que el empresario se niega a mantener la vigencia de la relación (estos, readmitir).

En el primer supuesto, sólo cabe solicitar una indemnización de daños y perjuicios. Y, en el segundo, el criterio general viene definido por el art. 924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (1881), que - recuérdese - rezaba lo siguiente: “Si el condenado a hacer alguna cosa no cumpliere con lo que se le ordene para la ejecución de la sentencia dentro del plazo que el Juez al efecto le señale, se hará a su costa; y si por ser personalísimo el hecho no pudiera verificarse en esta forma se entenderá que opta por el resarcimiento de perjuicios”. Es importante, advertir que en el ámbito civil, el cumplimiento por equivalencia acontece sobre la base de una triple consideración: primera, la vinculación misma de la persona del deudor en este tipo de prestaciones; segunda, en la incoercibilidad de la libertad del deudor; y, tercera, en estos supuestos, el carácter personalísimo excluye la posibilidad de “mandar ejecutar a su costa”, *ex art. 1098 CC*¹¹.

En relación a estas cuestiones cabe efectuar las siguientes valoraciones. Primero, que el juez tiene una amplia discrecionalidad para valorar la cuantificación del resarcimiento patrimonial¹². Segundo, es importante incidir en la distinción existente entre la prestación del *id quod interest* y la indemnización de daños y perjuicios. Como indica BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS (1990, p. 50) a pesar de que ambas tienden a restablecer un equilibrio roto, “obedecen a conceptos distintos y tienen tratamiento diferente”. La prestación del *id quod interest*, afirma - citando a PINTO I RUIZ -, “hace las veces, sustituye a la obligación *in natura*”, por lo tanto, siempre que exista una prestación convenida y ésta no pueda ejecutarse, “siempre habrá *id quod interest*”. Así pues, continúa, al “*sustituir* o hacer las veces de la prestación infungible, su *existencia* misma ya resulta probada por la existencia misma de la obligación”¹³. En cambio, para que opere la indemnización de daños y perjuicios es preciso que se pruebe la existencia de los mismos.

La prestación por equivalencia, no significa – en ningún caso - que el empresario tenga reconocido un “derecho de opción” ni el débito indemnizatorio implica el nacimiento de una nueva obligación. Más que de opción en favor del deudor, hay que hablar de *transformación* de la obligación en obligación indemnizatoria¹⁴. En consecuencia, no nace una nueva obligación, sino que lo que opera es un *cambio en el objeto*, sin que ello implique una modificación de la obligación principal, dado que los sujetos son los mismos y el vínculo jurídico permanece inalterable¹⁵. Siguiendo el planteamiento de BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS (1990, p. 47) “cuando se incumple la obligación y se da lugar al cumplimiento forzoso, sí se opera un *cambio* en la prestación. No surge una obligación nueva, ya que no hay novación objetiva al faltar entre otras cosas el *animus novandi*; tampoco hay una subrogación en el pago. Hay sencillamente *la misma obligación con un objeto distinto*. Los sujetos son los mismos y el vínculo jurídico permanece inalterable (...). Justamente por ello el acreedor puede exigir al deudor el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados con motivo de su incumplimiento, o de su cumplimiento defectuoso o insuficiente”.

Por consiguiente, la prestación por equivalente es compatible con la reclamación de daños y perjuicios.

¹¹ BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS (1990), p. 45.

¹² MILLÁN HERNÁNDEZ (1987), p. 818 y ss.

¹³ Un planteamiento similar al descrito aplicado al ámbito laboral en, MOLERO MANGLANO (1975), p. 152 y 153.

¹⁴ *Cfr.* DÍEZ-PICAZO (1993), p. 680.

¹⁵

3.- La creación de los Tribunales Industriales en 1908.

Ley 19 de mayo 1908 de Tribunales Industriales¹⁶ es la respuesta del Legislador ante las dificultades para garantizar un proceso judicial en condiciones de igualdad entre trabajadores y empresario en la jurisdicción civil¹⁷. La idea del Legislador es articular un modelo jurisdiccional simple, despojado de los elementos que lo convierten un proceso lento y costoso, y que, sobre todo, garantice una solución con la mayor brevedad posible¹⁸.

El art. 27 de la Ley 19 de mayo 1908 de Tribunales Industriales, inspirado en criterios de economía procesal y en el “llamado dogma de la incoercibilidad de las prestaciones de hacer, tan asentado en la legislación procesal liberal”¹⁹, introduce una norma con una finalidad pragmática, dirigida a facilitar el cumplimiento por equivalencia. Concretamente, dispone que “si la sentencia contuviera condena de hacer ó de no hacer, se fijará en ella la importancia de los daños y perjuicios, para en caso de incumplimiento por el condenado, cuando el hecho fuese personalísimo. Si el juez y los jurados declarasen la malicia ó temeridad de alguno de los colitigantes, podrán

¹⁶ Gaceta 20 de mayo.

¹⁷ Conviene tener presente que el ámbito subjetivo de la Ley de Tribunales Industriales de 1908 se circunscribe a la “la persona natural o jurídica, el aprendiz o dependiente de comercio que presta habitualmente un trabajo manual por cuenta ajena y cualquiera otra asimilada por las leyes al trabajo manual. Se exceptúan todas aquellas personas cuyos servicios sean de índole puramente doméstica” (art. 2).

¹⁸ A pesar de que la Ley 19 de mayo 1908 atribuye a los Tribunales Industriales el conocimiento de las reclamaciones civiles entre patronos y obreros, o entre obreros del mismo patrono, derivadas del incumplimiento o rescisión de los contratos de arrendamientos de servicios, trabajo y aprendizaje (art. 5, primero), la jurisdicción civil continuó asumiendo el conocimiento de un gran número de asuntos (lo que tendrá una repercusión directa en la configuración del principio de estabilidad en el empleo). En efecto, la citada Ley no crea directamente los Tribunales Industriales, sino que faculta al Gobierno para que por Decreto determine su establecimiento “en la cabeza de un partido judicial, con jurisdicción sobre todo el territorio del partido, siempre que lo estime oportuno y a petición de obreros y patronos del territorio”. En virtud de esta disposición, éstos se crearon en todas las capitales de provincia y en algunas ciudades cabeza de partido judicial, a través del Decreto 20 de octubre 1908 (Gaceta 21 de octubre). Debe añadirse que los Tribunales Industriales no tenían el monopolio jurisdiccional sobre las relaciones de trabajo, dado que en virtud del art. 5 de la Ley de 1908 siempre era posible la sumisión expresa o tácita a la jurisdicción ordinaria. No obstante, la implantación de estos órganos jurisdiccionales fracasó debido a las imperfecciones técnicas y carencias propias del modelo creado, y de los 254 creados sólo funcionaron 25, por lo que el tratamiento de cuestiones laborales por la jurisdicción civil no disminuyó excesivamente. Posteriormente, el art. 2 de la Ley de Tribunales Industriales de 1912 (Gaceta 23 de julio), al igual que la de 1908, autoriza al Gobierno a crear estos órganos jurisdiccionales a iniciativa propia, sin que sea necesaria la petición previa de los obreros y patronos. Además, se excluye la posibilidad de que las partes se sometan de forma expresa o tácita a la jurisdicción civil. Sin embargo, las dificultades organizativas y económicas impidieron nuevamente la efectiva implantación de estos órganos y, por ello, la utilización de la jurisdicción civil en materia social se mantuvo sin excesivos cambios. Finalmente, el CT'26, mantiene los órganos jurisdiccionales creados en 1908 y autoriza al Gobierno a crear nuevos (art. 429).

De todos modos, el art. 464 CT'26 mantiene el reconocimiento la competencia del juez de primera instancia, en tres supuestos: cuando el tribunal no estuviera formalmente constituido, cuando el tribunal no su hubiera podido constituir por ausencia de los suplentes de los Jurados o cuando existiendo no se hubieran reunido los suficientes en la segunda citación. Paralelamente al reconocimiento de esta competencia residual, los problemas para la celebración de las elecciones de los jurados (paralizadas durante 8 años) junto con los habituales problemas económicos, impidieron nuevamente la efectiva implantación de los Tribunales Industriales, lo que se tradujo en el mantenimiento de la actividad de la jurisdicción civil para cuestiones laborales en niveles relativamente altos. *Vid.* MONTERO AROCA (1973), p. 101 a 103; y 114 y ss.

¹⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ (1991), p. 209.

imponerle una multa del 10 por 100 del interés del asunto, no pudiendo pasar de 500 pesetas”²⁰.

El precepto, que contiene un mandato para el juzgador, pretende que, con independencia de la naturaleza de la obligación, la condena siempre sea líquida²¹. De este modo, y en relación a la extinción del contrato injustificada y a la obligación de cumplir el término pactado, implícitamente el Legislador está reconociendo que “la readmisión es integrativa de una obligación de hacer personalísima”. Es decir, se viene a asumir – sin demostrar su certeza - que, “la infungibilidad (o insustituibilidad de la persona obligada al cumplimiento de la prestación) deriva de que la función empresarial ‘no puede ser asumida por otro sujeto, sin que se quiebren las bases sobre las que se sustenta la relación de trabajo’”²². Planteamiento, hoy en día, totalmente superado²³.

Conviene resaltar que con esta modificación no se excluye legalmente la posibilidad del trabajador de solicitar una indemnización de daños y perjuicios (siempre que los pruebe, claro está). Al priorizarse el resarcimiento monetario sobre la reposición *in natura*, es fácil que en la traducción líquida de la obligación del deudor deje de computarse la cuantificación económica de los daños y perjuicios. Pudiéndose vislumbrar una tendencia a la confusión de dicho resarcimiento con el *id quod interest*, que acabará consolidándose con el paso del tiempo. En definitiva, aunque la norma no lo impida, puede entreverse que el incremento de las facilidades para acceder a una pronta compensación se hace a costa de dificultar que el trabajador perciba una restitución íntegra (como sucedería si hubiera acudido a la jurisdicción civil - aunque sin olvidar que con escasas probabilidades de éxito).

Repárese, por consiguiente, cómo una norma perteneciente al ámbito de la ejecución procesal cercena las consecuencias jurídicas derivadas de un ilícito contractual. Lo que significa que son los trabajadores los condenados a cargar con una parte importante de los costes derivados del comportamiento ilegal del empresario.

Posteriormente, la reforma de la Ley de Tribunales Industriales en 1912 altera la numeración - ahora, art. 46 – especifica su contenido²⁴. Es probable que esta mayor

²⁰ Un análisis de la gestación de este precepto, en GONZÁLEZ VELASCO y VIVES USANO (1992), p. 766 y 767. Autores que estiman que la reacción del legislador de 1908 se debe “al intento de superar la dificultad de probar los daños y perjuicios que el trabajador ha sufrido por el incumplimiento empresarial de la obligación de readmitirle” (p. 766).

²¹ *Vid.* MONTERO AROCA (1973), p. 100.

²² MONEREO PÉREZ y MORENO VIDA (1994), p. 385. Un sector de la doctrina entiende que “la concepción de la obligación de readmitir como un hacer personalísimo adolece de una visión un tanto simple de la estructura productiva”. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (1989), p. 135 a 138. En términos similares, ALONSO OLEA (1957, p. 182 a 187) considera que el carácter personalísimo de la prestación sólo es válido para las pequeñas empresas, en las que la “despersonificación” de las relaciones de trabajo no es muy acusada.

²³ De hecho, desde el instante que el ordenamiento jurídico admite la continuidad de las relaciones contractuales en los supuestos de cambio de empresario (concretamente, desde 1931), resulta difícil sostener la naturaleza personalísima de la prestación del empresario y, por ende, su incoercibilidad. A medida que aumenta el interés del ordenamiento jurídico por garantizar la readmisión de determinados colectivos esta incoherencia se patentiza con mayor fuerza. De hecho como evidencia RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (1989, p. 137 y 138), si sólo se exige la ejecución en sus propios términos en determinados supuestos muy específicos, puede afirmarse que la “infungibilidad no es una característica intrínseca de la readmisión” y que, por tanto, responde a una determinada opción de política legislativa. *Vid.* también GORELLI HERNÁNDEZ (1995), p. 159 y ss.; y HERNÁNDEZ MANRIQUE (1981), p. 482 y 483.

²⁴ Art. 46: “En los casos de los arts. 924 y 925 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y siempre que por virtud de sentencia dictada en estos juicios resultare condena de daños y perjuicios, sea en vía principal, sea subsidiariamente, el Juez, ateniéndose á las declaraciones del veredicto, fijará en la resolución la cantidad líquida de que en su caso deba responder el obligado”. Precepto que se incorporará, sin modificaciones, al art. 478 del Código de Trabajo de 1926.

precisión pretenda clarificar el sentido del mandato dirigido al juez con el siguiente objetivo, a nuestro entender: distinguir claramente entre la prestación por equivalencia y la indemnización por daños y perjuicios. Es probable que la reacción del Legislador estuviera motivada por interpretaciones de los órganos jurisdiccionales confundiendo ambos resarcimientos.

De todos modos, la solución que ofrecen las leyes de 1908 y 1912 no resuelven los conflictos que potencialmente puede plantear el cumplimiento de la prestación específica. A pesar de que la sentencia prevea el resarcimiento económico en caso de incumplimiento de la prestación *in natura*, no se especifica cuándo se entenderá que se ha producido un incumplimiento, o bien, si producido éste, cuándo debe entenderse irregular. Circunstancias que, de todos modos, debe resolverse en el proceso ejecutivo²⁵.

El Código de Trabajo de 1926 (en adelante, CT'26), en este aspecto, no destaca precisamente por su carácter innovador (art. 20), manteniéndose invariablemente apegado a los principios liberales del pasado²⁶. Si bien es cierto que se hace un esfuerzo para enumerar las conductas justificativas del despido (art. 21)²⁷, acaba remitiéndose al Derecho común en bloque (esto es, al art. 1124 CC) y a los mismos órganos jurisdiccionales²⁸. Y si el trabajador opta por exigir el cumplimiento del término, el CT'26, al igual que sus precedentes, sigue exigiendo al juzgador que precise en la

²⁵ Conflicto que solventará posteriormente el Decreto 22 de julio 1928 al presumir el incumplimiento si en el transcurso de 48 horas el empresario no cumple la prestación específica (*vid. infra*).

²⁶ Al igual que en la normativa civil, las partes mantienen la libertad para fijar la duración de la relación, pudiendo celebrar un contrato sin tiempo fijo, por cierto tiempo o para obras o servicio determinado (art. 11 CT'26); aunque se establece una presunción de duración determinada (art. 18 CT'26), dado que aunque no se estipule el tiempo de forma concreta, puede fijarse en un día, un mes o un año, en función a la periodicidad de la remuneración. En paralelo, sorprende que no se haga mención alguna al plazo de preaviso que venía exigiendo la jurisprudencia, a pesar de que la Exposición de Motivos proclama que el CT'26 recoge “el esfuerzo realizado por la Sociedad misma en la elaboración de las normas directrices que presiden su desenvolvimiento y que aun no habían recibido consagración legal”. Conviene recordar, que dado que el art. 23 CT'26 mantiene la vigencia de los arts. 300 a 302 CCom, los auxiliares del comerciante mantienen privilegiadamente el derecho al plazo de preaviso o a la indemnización en caso de su incumplimiento. Según BORRAJO DACRUZ (1957, p. 261) el mantenimiento de esta regulación especial se debe a las presiones de este colectivo para mantener un régimen jurídico más favorable y completo que el aplicable para el resto de trabajadores. Cuestión que, en cualquier todo caso, no hizo disminuir la problemática relativa a los trabajadores en situaciones transfronterizas. Por ejemplo, se desestima la calificación de dependientes de comercio: a los mecánicos de automóvil (STS 6 de abril 1929, núm. 170); al empleado de escritorio de una sociedad (STS 7 de mayo 1929, núm. 17); a los obreros de una fábrica (STS 20 de junio 1929, núm. 158); a un molinero (STS 24 de junio 1924, núm. 172); a los obreros de carpintería (STS 12 de diciembre 1929, núm. 148); al encargado de limpieza de coches (STS 21 de diciembre 1929, núm. 182).

²⁷ Conviene tener presente que previamente el art. 27 Ley de Aprendizaje 1911 contiene (con escasa sistematicidad) una regulación de las causas que dan lugar a la extinción indemnizada del contrato: “falta continua o repetida a las condiciones estipuladas de una de las partes contratantes; abusos o dureza del patrono o maestro en el trato que dé al aprendiz; incapacidad de éste, ya provenga por falta de salud o de condiciones; deseo manifiesto del aprendiz de dejar el oficio; traslado de industria a otra población; trasladar su residencia a otra localidad la familia del aprendiz; y matrimonio del aprendiz”.

²⁸ El Anteproyecto de Ley del Instituto de Reformas Sociales de 1922 destaca (art. 62) que en el supuesto de incumplimiento de una de las partes, se estará, en primer término, a lo expresamente convenido y no constando nada pactado, la parte que no hubiese causado el incumplimiento podrá optar entre dar por terminado el contrato o exigir el cumplimiento, con indemnización en uno y otro caso de los perjuicios que se ocasionen.

El CT'26, por otra parte, mantiene los órganos jurisdiccionales creados en 1908 y autoriza al Gobierno a crear nuevos (art. 429). De todos modos, los problemas para la celebración de las elecciones de los jurados (paralizadas durante 8 años) junto con los habituales problemas económicos, impidieron nuevamente la efectiva implantación de estos órganos lo que se tradujo en el mantenimiento de la actividad de la jurisdicción civil para cuestiones laborales en niveles relativamente altos. *Vid.* al respecto MONTERO AROCA (1973), p. 101 a 103; y 114 y ss.

sentencia la cantidad líquida que deba responder el obligado en caso de incumplimiento (art. 478). La indemnización por despido injustificado mantiene el esquema civil. Es decir, el trabajador sufre la carga de la prueba: debe demostrar el perjuicio, así como la cuantía por la que estima debe valorarse²⁹. Lo que supone un obstáculo procesal para la satisfacción de sus intereses. La determinación del importe queda sometida al arbitrio del juzgador³⁰.

Además, el trabajador tiene derecho al cobro de los salarios dejados de percibir durante el proceso, porque el empresario incurre en mora. No obstante, parece que la jurisprudencia y la doctrina contemporánea se oponen al entender que el trabajador despedido está en condiciones de trabajar para otra persona y, por tanto, si el empresario tuviera que abonarlos se produciría un enriquecimiento injusto³¹.

4.- El Real Decreto 22 de julio 1928: despido injustificado, readmisión y cumplimiento por equivalente

El Decreto 22 de julio 1928, que reforma algunos aspectos del régimen corporativo de 1926 (art. 17 del Decreto-Ley de Organización Corporativa Nacional - DLOCN'26), al exigir la readmisión en caso de despido injustificado, si bien significó un hito en la evolución de la Legislación Social, no supuso una quiebra de la lógica liberal ratificada por el CT'26. Es muy importante tener en cuenta que se trata de una reforma del sistema corporativo y, sobre todo, que se le están atribuyendo facultades jurisdiccionales³². De nuevo, en la medida que se mantiene el *statu quo* extintivo, es razonable entender que, consolidado el rechazo al aseguramiento del desempleo, el objetivo prioritario de la reforma es mejorar los aspectos que, al albur del principio de economía procesal, faciliten la rápida restitución del trabajador ilícitamente despedido. Lo que comporta el fortalecimiento de la tendencia a limitar la responsabilidad contractual del empresario en estos supuestos.

4.1.- Aspectos generales de una reforma procesal.

²⁹ STS 15 de octubre 1929 (núm. 162).

³⁰ El art. 456 CT'26, referido al contenido de la demanda, sólo exige que se haga una “enumeración clara y concreta de los hechos sobre que verse la prestación” (p. 3º); y concrete “la cantidad que se considere exigible” (p. 4º). En aras a mitigar los efectos de la discrecionalidad judicial, la doctrina contemporánea propone que para la valoración del resarcimiento económico se tengan en cuenta los siguientes aspectos: tiempo de duración del contrato, funciones realizadas por el perjudicado, así como la importancia social o industrial, y las dificultades que tenga necesidad de vencer para colocarse de nuevo en un cargo o empleo equivalente. ALARCÓN Y HORCAS (1927), p. 250

³¹ SSTS 28 de agosto 1889; y 8 de abril 1903, *cit.* ALARCÓN Y HORCAS (1927), p. 249.

³² En este sentido, el papel del los Comités Paritarios adquiere gran trascendencia, dado que el silencio normativo es cubierto por estos organismos corporativos a través de la facultad normativa establecida en los arts. 17 y 18 del Decreto-Ley de Organización Corporativa Nacional de 26 de noviembre 1926. La facultad de dictar normas sobre reglamentación del trabajo supone un amplio margen de actuación, sólo limitable si infringen disposiciones legales, ocasionan lesión o quebranto a la industria. Por ejemplo, el Comité paritario de Prensa de Madrid acordó que las empresas debían avisar a los periodistas y éstos a las empresas el cese en el servicio con quince días de anticipación, y además, el abono al periodista, en concepto de indemnización, si no hubo justa causa despido, un mes de sueldo, más quince días por cada año de servicios prestados a la empresa. Estos derechos empezaban a disfrutarse a partir del tercer mes de prestación de servicios en el periódico. Por su parte, los Comités de la Industria Tocinera de Barcelona y de Peluqueros-Barberos de la misma ciudad acordaron otorgar una semana de indemnización o ese mismo tiempo de aviso, con dos horas para buscar trabajo, con obligación de comunicar el aviso al Comité. GONZÁLEZ-ROTHVOSS Y GIL (192-?), p. 21.

El Decreto 22 de julio 1928 nace con la pretensión de coordinar los Comités Paritarios con los preceptos jurisdiccionales del CT'26. Lo que, sin duda, provoca una alteración sustancial en la distribución de las competencias judiciales³³. Circunstancia extraordinariamente relevante porque da luz sobre el sentido de la reforma de 1928. Efectivamente, en términos generales, este Decreto es una sucesión de mandatos dirigidos a los miembros de los Comités Paritarios que tienen por finalidad pautar el proceso de despido. Extremo sumamente destacable, por novedoso, si se compara con la parquedad de la normativa que regula los procedimientos ante los Tribunales Industriales y la jurisdicción civil. No cabe duda que este esfuerzo de concreción es muy notable y, probablemente, pretendía pautar y, sobre todo, limitar estas nuevas funciones jurisdiccionales atribuidas de los órganos corporativos. Seguramente, porque se tenían serias dudas sobre su imparcialidad – dada su elevada politización (aunque lo cierto es que su extensión fue más bien escasa³⁴).

Es importante advertir que la jurisdicción civil y los Tribunales Industriales siguieron manteniendo competencias jurisdiccionales en los casos de despido, en determinadas materias³⁵ y, evidentemente, allí donde no estaban implantados los órganos corporativos³⁶. Aunque se aspirara que su implantación fuera una realidad a corto plazo, es manifiesto que su extensión fue más bien escasa³⁷.

Por consiguiente, la asignación de funciones jurisdiccionales a órganos que en principio no lo eran, motivó una dualidad de jurisdicciones, que no se solventó hasta 1935, con la reforma de la Ley de Jurados Mixtos (aunque la Ley de Bases de Reforma de los Jurados Mixtos 16 de julio 1935, en realidad no llegó a entrar en vigor, siendo derogada por la Ley 30 de mayo 1938). El principal problema es que, junto al conflicto derivado de potenciales situaciones de solapamiento de competencias, la reforma de 1928 genera, a su vez, una dualidad de sistemas de derecho sustantivo³⁸.

³³ Art. 17.3 DLOCN'26: "Cuando un obrero sea despedido antes del plazo del contrato por alegar el patrono alguna de las causas que justifican el despido o sin indicar motivo alguno, el obrero podrá acudir al Comité paritario en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas, si reside en la misma población, ampliable por otras cuarenta y ocho si reside fuera, reclamando contra el despido". Con carácter previo a esta reforma consúltese el contenido de la Orden nº 71 9 de enero 1928. No obstante, debe recordarse, que no es el primer órgano corporativo al que se le atribuyen competencias jurisdiccionales dado que el art. 21 DLOCN'26 en su redacción original de 1926 atribuye a las Comisiones mixtas la facultad de conocer para su aprobación. También debe tenerse en cuenta lo previsto en el art. 21, párrafo 2º, del Decreto 8 de marzo 1929 por el que se aprueba el Texto Refundido sobre Organización Corporativa Nacional (en adelante, TRDLOCN'29).

³⁴ *Cfr.* ALONSO OLEA (1966), p. 24.

³⁵ En efecto, los Comités Paritarios no tienen atribuido en exclusiva el conocimiento de todas las cuestiones relativas al proceso de despido. En primer lugar, porque la jurisdicción ordinaria mantiene la competencia en dos casos: 1.- Para exigir en vía ejecutiva el cumplimiento de los fallos dictados por el Comité, avenencias de las partes o los laudos si fuera el caso (para ALONSO OLEA - 1966, p. 24 y 25 - más que un órgano jurisdiccional debe hablarse de la atribución de actividad jurisdiccional a órganos no jurisdiccionales); y 2.- Si hubo abandono por parte del trabajador y además produjo un perjuicio en el empresario, la determinación de la indemnización corresponde a la jurisdicción civil ordinaria.

³⁶ HOSTENCH (1929, p. 48 y 112) critica la determinación de los efectos sustantivos del despido en una norma procesal, y considera que "el lugar que les correspondería es el Código de trabajo en el Capítulo II del Libro I" y "porqué no adicionar los últimos preceptos del Decreto 30 de julio 1928, que son sustantivos, al Código de Trabajo para completarlo como cuerpo legal determinador?".

³⁷ "La sustracción de jurisdicción a los Tribunales Industriales sólo se podía producir a medida que los distintos Comités y Comisiones se fueran constituyendo, lo que sólo muy incipientemente, debido a la breve duración de la experiencia corporativa; con lo que de hecho, la jurisdicción de los Tribunales Industriales continuó, en gran medida intacta". ALONSO OLEA (1966), p. 24.

³⁸ Si se tiene presente que la implantación de los Comités Paritarios no fue generalizada, allí donde no estuviera implantado, difícilmente podría aplicarse las innovaciones introducidas por el mencionado Decreto. La creación de los organismos paritarios se fundamentaba en un requisito previo, consistente en

4.2.- Despido injustificado y readmisión.

El Legislador, con la intención de “garantizar los derechos de los patronos y obreros dentro de la órbita de sus obligaciones contractuales, a fin de que ni la disciplina del trabajo se quebrante, ni sean consentidas represalias injustas” (Exposición de Motivos Decreto 22 de julio 1928), realiza una apuesta legislativa firme por la seguridad jurídica del sistema, con la voluntad de no apartarse de la protección equitativa de los intereses de las partes implicadas. Y, por ello, busca soluciones transaccionales.

la existencia previa de una Asociación profesional, *ex art.* 12.1 DLOCN’26 (*vid.* al respecto art. 12.2 y 3 DLOCN’26). Cuando la misma no existía, bastaba que los patronos y obreros interesados en la constitución del Comité paritario, designaran en reuniones separadas a sus representantes (art. 12.8 DLOCN’26). En este sentido, y en aras a extender la creación de estos organismos corporativos y evitar abusos y represalias, el art. 17.8 DLOCN’26 (que tiene su origen en la Orden 9 de enero 1928, Gaceta 13 de enero) extiende el ámbito de aplicación del Decreto 22 de julio 1928 a los supuestos en los que el Comité estuviera en fase de constitución (se aplica si se ha extinguido el contrato en represalia por su intervención en la preparación del órgano corporativo). Aunque la existencia de una Asociación profesional no era el único problema. Desde la perspectiva patronal, la creación de los Comités Paritarios se recibe con recelo, motivando una abstención casi unánime de las Asociaciones respecto al derecho de elegir vocales. En cambio, los problemas de la clase trabajadora eran mucho más graves si se tiene en cuenta que la CNT, sobre la base de la acción directa, se negó a contribuir en la formación de los Comités Paritarios y a acatar sus acuerdos ESTADELLA y ARÁN HORTS (1936), p. 24 y 25. Además, en la composición de dichos órganos tampoco intervinieron las agrupaciones de signo comunista y católico. MONTOYA MELGAR (1992), p. 154.

Para los supuestos en los que existía una resistencia patente a la constitución del Comité, el art. 16 DLOCN’26 reconocía al Ministerio de Trabajo la facultad para nombrarlos de oficio. Por todo ello, la implantación de estos órganos corporativos no se desarrolló con la amplitud con la que se esperaba. Por otra parte, en los lugares en los que se realizó no estuvo exenta de intensos conflictos y discusiones. En consecuencia, dado que el Decreto 22 de julio 1928 introduce una reforma sustantiva incardinada en la reclamación ante el Comité Paritario, se produce una dualidad de estatutos jurídicos, aplicables en función del órgano jurisdiccional que conozca la causa (un ejemplo, en la STS 3 de enero 1930, núm. 5). Problema del que es consciente el Legislador y que plasma en el art. 17.13 DLOCN’26. Pero no sólo eso, sino que, como se sabe, además es aplicable el CT’26 o el régimen de derecho común en función de si los trabajadores son *obreros* o no. Esta dispersión normativa, junto con la existencia de estatutos jurídicos paralelos describe un escenario jurídico extraordinariamente confuso. La aplicación simultánea, en lo sustantivo, del Decreto de 1928 y de los Códigos Civil, de Comercio y de Trabajo; y, en lo procesal, de la jurisdicción corporativa, la industrial y la ordinaria son muestras evidentes de la complejidad del sistema. Entuerto al que, además, debe añadirse las reticencias de los propios órganos jurisdiccionales a adaptarse al nuevo modelo jurisdiccional (como lo evidencia la STS 17 de junio de 1930, núm. 45 - en el mismo sentido, STS 15 de noviembre 1930, núm. 24). Y, en sentido contrario, adaptándose a la nueva legalidad, STS 1 de febrero de 1930 (núm. 112). Finalmente, la STS 10 de marzo de 1931 (núm. 24) parece aclarar la situación, reconociendo expresamente la competencia de los órganos corporativos en las reclamaciones de despido allí donde estén presentes (en el mismo sentido, SSTS 9 de enero 1931, núm. 22; 13 de febrero 1931, núm. 127; 17 de abril 1931, núm. 111 - *vid.* al respecto, MONTERO AROCA, 1976, p. 119 a 121). En cualquier caso, en esta problemática subyace la discusión relativa a la idoneidad de atribuir a los órganos corporativos competencias jurisdiccionales, y las reticencias de algunos colectivos para que esto no sucediera. Críticas fundadas, si se tiene presente que, por un lado, el nivel de politización de estos organismos paritarios era muy elevado (para la izquierda, los Comités paritarios eran un mero intento de imitación del sistema “mussoliniano”, mientras que para la derecha, calificaban a estos órganos como peligrosas instituciones minadas por el socialismo - MONTOYA MELGAR, 1992, p. 160); y, por otro, los prejuicios clasistas de muchos de sus vocales hacían descartar la imparcialidad de sus resoluciones. Así, estos organismos lejos erigirse en un instrumento de paz y de concordia, se convirtieron en el terreno propicio para el desarrollo de la lucha social (PÉREZ BOTIJA, 1957, p. 15; y, en una descripción demolidora del funcionamiento de los organismo corporativos - aunque centrándose en los Jurados Mixtos -, *vid.* también ESTADELLA y ARÁN HORTS, 1936, p. 22 a 31; y MIGUEL Y ROMERO, 1930, p. 563 y ss.).

En tanto que la redacción del DLOCN'26 tiene un valor procedimental y de determinación de la jurisdicción, la intención del Legislador es articular un medio eficaz (rápido y barato) de canalización de las pretensiones de los trabajadores, a fin de favorecer su pronta reincorporación a su puesto de trabajo o, en su caso, un resarcimiento lo más rápido posible. Y, es bastante probable que la voluntad de 'preservar el empleo' tuviera un 'cierto' papel en la gestación de esta reforma. De todos modos, conviene relativizar debidamente esta afirmación, pues, sin negar los absolutamente trascendentes avances de la reforma, no debe olvidarse que no se pretendió modificar el sistema causal vigente ni la lógica liberal resolutoria, pues, los contratos indefinidos siguieron rigiéndose por el desistimiento y el preaviso³⁹.

Respecto de los contratos sometidos a término, y con el objeto de facilitar una pronta reincorporación o resarcimiento, se establece un procedimiento que permite la impugnación del despido ante los Comités Paritarios – art. 17.3 DLOCN'26. Dentro de esta lógica protectora de los intereses de los trabajadores, se establece la obligación del patrono de readmitir al trabajador en un plazo de 48 horas, si no es capaz de acreditar la existencia de una causa que justifique el despido o salvo que el trabajador hubiera encontrado una nueva colocación. Reacción que, desde la perspectiva de los postulados liberales, resulta extraordinariamente revolucionaria, pues, significa la imposición de una solución heterónoma con independencia de la voluntad de las partes.

Otra de las novedades de suma relevancia para los intereses de los trabajadores es la confirmación de la responsabilidad por mora del empresario en caso de resolución injustificada del contrato. En efecto, el Decreto de 1928 explicita su obligación de abonar los salarios de los días que medien entre el despido y la readmisión o, en su caso, la nueva colocación (art. 17.6 DLOCN'26)⁴⁰. Lo que debe interpretarse como una medida de corrección de la negativa de los Tribunales a declarar esta responsabilidad empresarial.

No obstante, como se ha apuntado, el sistema extintivo sigue encorsetado en el marco normativo liberal decimonónico, por lo que, el Legislador introduce elementos que neutralizan notablemente lo novedoso de la reforma. Como punto de partida, siguiendo el planteamiento del CT'26, debe tenerse en cuenta que en los contratos temporales se prohíbe a ambas partes darlos por terminado antes del vencimiento del término, a no ser que concurra alguna de las causas de los arts. 21 y 22 del CT'26 (art. 17.2 DLOCN'26). El Decreto 22 de julio 1928, a su vez, altera el plazo de prescripción general de tres años para reclamar contra el despido (art. 8 CT'26), reduciéndolo a 48

³⁹ GALLART Y FOLCH (1936, p. 79), en relación a la trascendencia de este Decreto, afirma que la "nueva redacción de la Ley Corporativa española no tenía, estrictamente considerada, sino un valor adjetivo, de procedimiento y de determinación de la jurisdicción, porque, en el aspecto sustantivo, no constituía ninguna modificación del régimen anterior". Concretamente, afirma que "la división clásica de los contratos por su duración, en contratos por tiempo determinado o para una obra concreta y contratos por tiempo indefinido era aplicada sin modificación alguna a las relaciones de trabajo". Por otra parte, el hecho de que no se ampliara el listado de causas que pueden dar lugar al despido, fue criticado por un sector de la doctrina. HOSTENCH (1929), p. 142 y 143.

⁴⁰ Art. 17.6 DLOCN'26: "Si en el fallo se declarase que no existe causa que justifique el despido del obrero, el patrono deberá readmitirle dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al en que sea firme el fallo del Comité, a menos que en tal momento estuviese ya el obrero despedido nuevamente colocado. En ambos casos, el patrono queda obligado a satisfacer al obrero el importe íntegro de los jornales correspondientes a los días que hubiesen mediado entre el despido y la readmisión, o, en su caso, entre el despido y el día en que el obrero se hubiese colocado nuevamente". En relación con la evolución de esta institución, *vid.* LAVADO MOLINA (1977).

horas para interponer la demanda (art. 17.3º)⁴¹. De hecho, el fin perseguido por este cambio, según GALLART Y FOLCH (1936, p. 88), era tratar de atemperar, en lo posible, lo avanzado de la reforma y la reacción que había de producir, limitando los casos de aplicación.

En esta línea, también se prevé que si el empresario no cumple con la obligación de readmitir, deberá pagar una indemnización de perjuicios entre 15 días y tres meses de salario, fijada por el Comité Paritario “por el tiempo que pueda tardar en hallar una colocación” (Art. 17.7 DLOCN’26)⁴². Repárese que, con el objeto de liberar al trabajador de la carga de continuar el proceso si el empresario se niega a readmitirlo, se articula un mecanismo para soslayar esta obligación muy eficiente en términos de economía procesal: el cumplimiento de la obligación específica queda transformado por el equivalente dejando transcurrir un plazo de 48 horas.

Conviene tener presente que el empresario no tiene reconocido *formalmente* un derecho de elección o de opción que le permita ejecutar alternativamente la readmisión o la indemnización. En la medida que el Legislador establece que “el patrono deberá readmitir” (art. 17.6 DLOCN’26) y “si hallándose obligado el patrono a readmitir” (art. 17.7 DLOCN’26), está manifestando claramente que su opción primaria es la readmisión, configurándose, por lo tanto, como la obligación principal y única⁴³. No obstante, en tanto que se trata de una obligación de hacer, se sigue presumiendo su incoercibilidad, como afirma RODRÍGUEZ-PIÑERO (1967, p. 66) simplemente por “razones de política legislativa”⁴⁴.

Por consiguiente, el Derecho procesal al prever una regla de esta naturaleza se está anticipando al problema de la potencial inexecución, facilitando la rápida (y probablemente insuficiente) compensación del perjuicio sufrido por el trabajador. Desde un punto de vista técnico-jurídico, lo que acontece es un cambio, *ex lege*, en el objeto de la obligación, sin que ello implique el nacimiento de una obligación nueva. Por este motivo, el trabajador no tiene reconocido una acción inmediata a la readmisión puesto que por imperativo de la Ley, la obligación *in natura* se convierte en la prestación del *id quod interest*. Además, repárese que, a diferencia del modelo precedente, la indemnización legal está tasada, lo que imposibilita que el trabajador pueda reclamar una indemnización de daños y perjuicios ante los órganos corporativos (admitiéndose en principio, si acude a la jurisdicción civil).

Llegados a este estadio cabe extraer varias valoraciones. Primera, en esencia, el Decreto 22 de julio 1928 no quiebra el modelo jurídico precedente, sino que se limita a *pulir algunos de sus flecos* (si se nos permite - mejorando su eficiencia). La norma mantiene – como no podría ser de otro modo, pues se refiere a aspectos jurisdiccionales - la mecánica resolutoria, centrándose los cambios en la esfera procesal y, más concretamente, en la fase de ejecución. Exportación absolutamente lógica, pues, ha

⁴¹ Plazo que, a pesar de su extraordinaria reducción, debe seguir calificándose de prescripción. La configuración del plazo como de prescripción es admitido unánimemente por la jurisprudencia. *Vid.* al respecto, SUÁREZ GONZÁLEZ (1970), nota 19, p. 83.

⁴² Art. 17.7 DLOCN’26: “Si hallándose obligado el patrono a readmitir al obrero despedido y aún no colocado nuevamente, no quisiere readmitirlo, además de abonarle el importe de los jornales correspondientes al tiempo transcurrido entre el despido y el día en que, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo anterior, hubiera debido readmitir al obrero, satisfará a éste, en concepto de indemnización de perjuicios por el tiempo en que pueda tardar en hallar nueva colocación, una cantidad que podrá variar entre el importe de quince días y tres meses de jornal”.

⁴³ *Cfr.* RODRÍGUEZ-PIÑERO (1967), p. 64.

⁴⁴ En términos similares, MONEREO PÉREZ y MORENO VIDA (1994), p. 382; y GORELLI HERNÁNDEZ (1995), p. 50 a 55.

venido siendo así desde 1908 y, mucho más, si se tiene en cuenta que los órganos corporativos operan simultáneamente con el resto de órganos jurisdiccionales.

Segunda, con esta transformación automática de la readmisión, se produce un *replanteamiento* en el modo el alcanzar el *fin perseguido* por la norma sustantiva (arts. 1124 y 1101 CC), pues, el deudor (empresario) puede no cumplir la prestación específica siempre que cumpla por equivalente. Confiriéndole la última palabra sobre el destino del trabajador ilícitamente despedido. Por consiguiente, las normas procesales acaban modificando la *forma* cómo el Legislador había planteado, en un principio, la necesidad de dar cumplimiento al término acordado ante la resolución injustificada del contrato. Y, es razonable pensar que probablemente la “imposibilidad técnica” de asegurar el desempleo impulsara al legislador a precipitar esta respuesta legislativa.

Tercera, la tasación de la compensación es especialmente relevante, por cuanto que el empresario, no sólo puede calcular anticipadamente el coste de su comportamiento ilícito, sino que, además, es muy probable – como se ha avanzado - que no asuma la totalidad de perjuicios derivados de su comportamiento. Certeza que, no obstante, queda notablemente debilitada por la imposibilidad de prever anticipadamente la cuantía a la que ascenderá su responsabilidad por mora (de todos modos, el Legislador no tardará en modificar la norma imponiendo un límite máximo en 1931).

Cuarta, si se acepta que el régimen de 1928 es una derivada de las reglas procesales precedentes, significa que la tesis que defiende la influencia germánica en la regulación del régimen jurídico del despido – eficacia originaria - contenida en el citado Decreto⁴⁵, queda seriamente desvirtuada. O, dicho de otro modo, este cambio normativo no afecta un ápice a la naturaleza resolutoria del despido.

Y, finalmente, es fácil advertir que, con esta reforma se consolida una determinada concepción de la mecánica de protección del empleo, que se reputará de extraordinario éxito, como evidencia la evolución posterior de la legislación laboral española.

4.3.- Despido injustificado y naturaleza jurídica de la indemnización (por no readmisión)

En el modelo previsto para los Tribunales Industriales, aunque la sentencia incorporara el importe del cumplimiento por equivalencia, previniendo el incumplimiento de la específica, ello no evitaba que el litigio continuara en la fase ejecutiva, en aras a averiguar si efectivamente se había producido un incumplimiento de la prestación *in natura*, o bien si se había efectuado de forma irregular. El Decreto solventa este problema tajantemente: basta que el empresario adopte una actitud meramente pasiva, dejando transcurrir el plazo de 48 horas, para que opere la transformación. Conviene señalar que no hay, propiamente, una “inejecución” de la prestación específica, dado que probablemente motivaría la mora del empresario (que no es el caso). Al igual que en el régimen previsto en la Ley de Tribunales Industriales de 1908 y que se ha recogido en las reformas posteriores, lo que opera es un cambio en el objeto de la obligación, sin que ello implique una modificación de la obligación principal⁴⁶.

⁴⁵ Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO (1967), p. 37 y 38; y GÁRATE CASTRO (1994), p. 85 a 87.

⁴⁶ No obstante, RODRÍGUEZ-PIÑERO (1967, p. 58 a 60) trata de explicar el mecanismo de funcionamiento de la condena mediante la existencia de una opción que se asemeja a la *obligación con facultad de sustitución*, dado que el deudor tiene un *ius variandi* que le permite sustituir la prestación debida por otra sin el consentimiento de la otra parte. No obstante, es consciente de que la prestación del empresario deudor difiere del supuesto típico de obligación facultativa por diversos motivos. En primer lugar, porque

La distinción, apuntada anteriormente, entre la prestación del *id quod interest* y la indemnización de daños y perjuicios, permite dar luz sobre la idea que se ha expuesto. Como se sabe, según el texto resultante de la reforma de 1928, el trabajador tiene derecho al resarcimiento patrimonial sin necesidad de probar la existencia de daños y perjuicios, circunstancia que, en técnica jurídica, es lógica si se acepta que el resarcimiento patrimonial “hace las veces” de la prestación *in natura*. Por lo que, en ningún caso, puede aceptarse que la indemnización sea una “obligación accesoria de origen legal en cierto modo de garantía y subrogante de la principal”, ni tampoco la idea de “obligación principal con subsidiaria penal”⁴⁷; sino que la indemnización es el *equivalente* de la readmisión - *hace las veces* (sustituye) -, y que trae su causa, no se olvide, en el incumplimiento contractual del empresario.

Por otro parte, si se profundiza en el análisis del resarcimiento patrimonial aparecen nuevos argumentos que corroboran esta interpretación. En primer lugar, si la indemnización resarciera los daños y perjuicios, la promulgación del Decreto hubiera provocado una alteración sustancial en el sistema compensatorio, dado que el resarcimiento patrimonial tendría su fundamento en el *incumplimiento mismo* y no en el *daño injusto derivado del incumplimiento*. Si el trabajador tuviera derecho a la indemnización sin necesidad de probar los daños efectivamente sufridos, el mero incumplimiento sería fuente de la obligación de prestar la indemnización de daños contractuales; produciéndose un daño *in re ipsa* por el mero incumplimiento. Sistema que, si bien es legislativamente posible, casa difícilmente con la lógica liberal que impera en este período histórico.

En segundo lugar, el Decreto establece un conjunto de parámetros que debe tener en cuenta el Presidente del Comité a la hora de concretar el importe de la compensación (art. 17.7, 2º DLOCN)⁴⁸. Lo cual resulta lógico, siempre que se parta de la idea de que el trabajador no reclama una indemnización de daños y perjuicios, por lo que no recae sobre él la carga de la prueba. El peligro de la discrecionalidad del juez, entonces, irrumpe con fuerza (especialmente, si se duda de su imparcialidad⁴⁹), dado que debe valorar un resarcimiento patrimonial, sin que las partes, durante el proceso, estén obligadas a aportar evidencias al respecto.

En tercer lugar, el análisis de los parámetros objetivos de valoración fijados en la norma también ofrece nuevos argumentos en favor de la calificación de la indemnización como prestación del *id quod interest*. El Decreto no se limita a requerir

en una obligación facultativa la sustitución de la obligación principal por la subsidiaria se produce por el cumplimiento de la segunda, y en este caso, el cambio acontece por el incumplimiento de la primera. En segundo lugar, porque el deudor en vez de tener el *derecho* de liberarse mediante la prestación subordinada, está obligado legalmente. Finalmente, porque la sustitución de una obligación subsidiaria es un acto lícito del deudor mientras que la prestación del empresario depende del incumplimiento previo de la obligación principal.

⁴⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO (1967), p. 65 y 66.

⁴⁸ Concretamente el art. 17.7, 2º DLOCN dice, “La cuantía de esta indemnización la fijará el propio Comité, teniendo en cuenta para señalarla la naturaleza del empleo, el tiempo que el obrero viniera prestando su servicio, las cargas familiares del trabajador, la facilidad que exista en el oficio o profesión para colocarse nuevamente y todas las demás circunstancias del perjuicio ocasionado”. En cambio, a pesar de que la causalidad de la extinción de los contratos por tiempo fijo se proclama con carácter bilateral, el Decreto no establece ningún tipo de criterio que tutele el cálculo de la indemnización que debe pagar el trabajador.

⁴⁹ El art. 11 DLOCN establece que “el Presidente y el Vicepresidente deberán ser necesariamente ajenos a la profesión y los designará el Ministerio de Trabajo, Comercio e Industria, a propuesta, en terna, del Gobernador civil de la provincia”. Criterio que se mantiene en el Decreto Ley 18 de junio 1927 (Gaceta 21 de junio), que modifica el DLOCN, aunque ya no los propone el Gobernador civil (art. 13). En el TRDLOCN’29 de 1929, los Presidentes y Vicepresidentes son “libremente” elegidos por el Ministerio de Trabajo y Previsión (art. 12).

al juez que tenga en cuenta el perjuicio derivado del incumplimiento del contrato, sino que le “invita” a que tenga en consideración otros aspectos vinculados con las expectativas contractuales depositadas por el trabajador al pactar un término y frustradas por la no readmisión. Por este motivo, la norma advierte al Presidente del Comité para que tenga en cuenta el tiempo que pueda tardar en hallar una nueva colocación, esto es, el lucro cesante, al no cumplirse el término pactado.

Finalmente, un aspecto muy importante a considerar es que el Decreto omite la posibilidad de que el trabajador reclame una indemnización de daños y perjuicios junto con la prestación del *id quod interest* (como ocurre con el régimen jurídico de los empleados domésticos *ex CC*). Como se ha expuesto, en el Derecho común la obligación de cumplir la prestación por equivalente no excluye la posibilidad de reclamar una indemnización de daños y perjuicios – siempre y cuando se pruebe su existencia. Sin embargo, parece que el trabajador tiene vedada esta posibilidad ante los órganos corporativos, aunque como se ha expuesto, nada parece impedir que lo haga ante los Tribunales Industriales o la jurisdicción civil. Es posible que el propósito de articular un sistema jurisdiccional ágil y sencillo impulsara al Legislador a omitir aquellos aspectos que consideraba más problemáticos desde un punto de vista procesal. No cabe duda que la necesidad de probar la existencia del daño y su cuantificación implica un trámite procesal no exento de dificultades y, sin duda, dilatador del proceso. Sin embargo, esta solución redundaría en perjuicio del trabajador dado que quedan sustancialmente limitadas sus pretensiones. Además, este planteamiento ha inducido a un sector de la doctrina y a la jurisprudencia posteriores a la identificación del *id quod interest* con la indemnización por daños y perjuicios.

En suma, puede afirmarse que la indemnización por despido regulada en el Decreto 22 de julio 1928 es la prestación por equivalencia, derivada del incumplimiento de la prestación *in natura*. O, dicho de otro modo, conceptualmente la compensación legal tasada por despido injustificado no puede identificarse con la indemnización por daños y perjuicios. Lo que significa que, teóricamente, es razonable entender que la posibilidad de reclamarlas ambas sigue siendo posible.

5.- 1931: Novedades procesales en el despido injustificado

Desde un punto de vista procesal, el modelo existente durante la II República es idéntico al que operaba ante los Comités Paritarios, no sólo porque los Jurados Mixtos sustituyen a aquéllos, sino porque en las zonas en las que no estuvieran implantados, siguen operando los Tribunales Industriales o, incluso, la jurisdicción civil en su defecto. En lo relativo al procedimiento a seguir ante los órganos corporativos, el Legislador republicano se limita a pulir algunos aspectos del régimen anterior⁵⁰.

En primer lugar, al amparo del principio de economía procesal, en las extinciones injustificadas se facilita la conversión de la prestación *in natura* por la equivalente. Ya no es necesario esperar un plazo de 48 horas para entender que el empresario no quiere readmitir al trabajador como antaño, sino que la propia sentencia (esto es, desde un principio) le reconoce la posibilidad de elegir entre restituir al trabajador a su situación inicial o indemnizarle. Repárese que la transformación se produce prescindiendo de cualquier trámite previo. El deudor, como antaño, mantiene la facultad de elegir alternativamente entre dos opciones, aunque en esta ocasión el reconocimiento de esta facultad es explícito. Concretamente, se establece que “si en el fallo se declarase que no existe causa que justifique el despido del obrero, en él se

⁵⁰ HINOJOSA FERRER (1932), p. 179 a 202.

otorgará opción al patrono para que lo readmita o le abone la indemnización” (art. 51 LJM’31)⁵¹. Lo que, como afirma RODRÍGUEZ-PIÑERO (1968, p. 23), provoca un cambio, desde un punto de vista psicológico y político, dado que la titularidad del “derecho de opción” se convierte en el *objeto de deseo* de los trabajadores, y un motivo de reivindicación laboral, pues, es evidente que su ejercicio garantiza efectivamente la continuidad de la relación contractual.

De todos modos, como afirma la doctrina, con esta modificación normativa el Legislador está diciendo prácticamente lo mismo que antaño⁵². Por tanto, el reconocimiento de un “derecho de opción” al empresario no debe interpretarse como si el fallo de la sentencia originara el nacimiento de dos obligaciones de naturaleza alternativa, sino que, al igual que en el modelo anterior, sólo hay una obligación, aunque su objeto debe ser concretado por la decisión unilateral del deudor. Corroboración esta interpretación el hecho de que las Resoluciones del Ministerio de Trabajo defienden el carácter subsidiario de la compensación⁵³.

Concretamente, se afirma que “la finalidad que se persigue con el procedimiento instaurado en el Título XI, LJM’31 es la de conseguir la reintegración del obrero a la plaza de la que se le ha privado teniendo la indemnización que el art. 53 de dicho cuerpo legal establece sólo en carácter subsidiario, puesto que lo que en primer término se solicita es la readmisión”⁵⁴. En otra ocasión, se afirma que “la readmisión, como quiera que tiende a situar al obrero en el empleo del que fue injustamente privado, constituye beneficio superior al de la una indemnización metálica, que carece de la extensión suficiente para producir la misma ventaja económica que la ocupación, máxime en el actual momento de crisis, teniendo además la consideración moral superior que supone el percibir una cantidad como consecuencia de un trabajo efectivo”⁵⁵.

En sustancia, ésta sigue manteniendo una naturaleza resarcitoria sustitutiva por la no readmisión, pues el trabajador no puede reclamar la readmisión y sólo puede exigir un resarcimiento patrimonial, desvinculado de la prueba de los daños y perjuicios efectivamente sufridos. Corroborando esta interpretación, conviene resaltar que cuando el obrero no pretendía la readmisión, sino indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de contrato, la jurisprudencia entendía que la competencia correspondía al Tribunal Industrial o en su defecto al Juzgado de primera instancia⁵⁶.

⁵¹ SANTAMARÍA ANSA (1936, p. 152): “El patrono no necesita justificar, explicar ni razonar su negativa a la readmisión; si dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo no se allana a readmitir al despedido se entiende que se niega a ello”.

⁵² *Cfr.* RODRÍGUEZ-PIÑERO (1968), p. 22

⁵³ Interpretación también seguida por la doctrina contemporánea, *vid.* SANTAMARÍA ANSA (1936), p. 139 y 144.

⁵⁴ Resoluciones del Ministerio de Trabajo (en adelante, RMT) 26 de junio 1934 (párrafo cit. RODRÍGUEZ-PIÑERO, 1968, nota 55 p. 22 y 23); y 1 de junio 1933 (Boletín Ministerio Trabajo y Previsión Social – BMTPS -, nº 39, p. 1239).

⁵⁵ RMT 1 de junio 1933 (BMTPS, nº 39, p. 1239). En el mismo sentido, RMT 19 de febrero 1935 (BMTPS nº 59, p. 679) declara que la finalidad que se persigue es reintegrar al obrero “al empleo de que fue desposeído”; toda vez que “la indemnización tiene mero carácter subsidiario” (RMT de 9 diciembre 1933 [BMTPS, nº 46, 1934, p. 507]). En términos similares, la RMT 13 de marzo 1934 (BMTPS, nº 47, p. 607): “tan pronto como esta sentencia sea firme y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, sea readmitido el demandante, previa la satisfacción de los jornales transcurridos desde su despido hasta su readmisión. En caso de no ser readmitido, satisfará, en concepto de indemnización dos mensualidades y el importe de 24 jornales por la sustanciación de este expediente”. Además, la jurisprudencia admite reiteradamente que la aceptación de la indemnización impide al trabajador accionar frente al empleador, a no ser que haya mediado coacción, dado que lo identifica con el mutuo disenso (resolución extrajudicial). Por todas, RMT 24 de julio 1933 (BMTPS, nº 40, p. 1529).

⁵⁶ Entre otras, SSTS 2 de mayo 1932 (Ar. 3480); y 21 de junio 1933 (Ar. 173), *cit.* MONTERO AROCA (1976), nota 78, p. 149.

En definitiva, la LJM'31 da un paso más en la simplificación del procedimiento, alcanzando un estadio de pragmatismo extraordinario, pues, al positivizar el “derecho de opción”, obvia un trámite que en la práctica, todo hay que decirlo, resultaba superfluo. A fin de cuentas, por tanto, este cambio implica la juridificación del *modus operandi* implícitamente amparado por el ordenamiento jurídico desde antiguo. Pero sólo eso. Así, la voluntad del Legislador de 1908 de simplificar el proceso laboral, al exigir la monetización de todas las prestaciones de hacer y así facilitar una pronta y económica compensación al trabajador, acaba desembocando en 1931 en la positivización de una opción entre readmitir o indemnizar⁵⁷.

Otro de los aspectos positivos de la reforma de 1931 es el incremento del tope máximo de la indemnización por resolución injustificada del contrato (hasta seis meses de jornal - art. 53.1 LJM'31). En cambio, se limita la responsabilidad por mora del empresario a 24 jornales (o días). Además, aunque la LJM'31 lo omite, las Resoluciones del Ministerio de Trabajo estiman que si el trabajador se recoloca, se descarta la posibilidad de que cobre la indemnización, porque se estima que no se le ha irrogado daño alguno⁵⁸.

De nuevo, es probable que las dramáticas cifras del paro y la ausencia de un subsidio de desempleo volvieran a empujar al legislador a buscar instrumentos para agilizar una compensación económica que tratara de paliar la ausencia de rentas. Aspecto que probablemente también estuvo presente en la elaboración de la Ley del Contrato de Trabajo de 1944.

6.- Ley contrato de trabajo de 1944: la definitiva sustantivización de unas reglas procesales

Desde un punto de vista conceptual, la LCT'44 supone un gran salto cualitativo, pues, a pesar de que, en esencia, mantiene la operatividad de los textos precedentes analizados, en una nueva manifestación de pragmatismo procesal, incorpora estas reglas (de naturaleza estrictamente ejecutiva) en un texto de derecho sustantivo laboral. En efecto, el párrafo 3º del art. 81 de la citada Ley (recogiendo el contenido de la Ley de 6 de noviembre de 1941), da un paso más en la mejora de la eficiencia de la economía procesal y especifica que en caso de despido injustificado el empresario tendrá la titularidad del “derecho de opción”, salvo en las empresas de ciertas dimensiones (sin hacer mención específica a la posibilidad de reclamar una indemnización de daños y perjuicios⁵⁹).

La trascendencia de esta novedad es notable, pues, no sólo se mantendrá en todos los textos jurídicos sustantivos posteriores hasta nuestros días (aunque se ha ido modificando la configuración del “derecho de opción”)⁶⁰, sino que, además, contribuirá poderosamente a la - errónea - confusión entre la compensación legal tasada y la indemnización de daños y perjuicio. Y, a la consiguiente negativa a admitir su compatibilidad. Lo que se traduce en una limitación de la responsabilidad contractual del empresario.

7.- Un salto en el tiempo: la reformas de 2002, 2007 y 2012

⁵⁷ Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO (1968), p. 22.

⁵⁸ Entre otras, RMT 24 de abril 1934 (BMTPS, nº 52, p. 491).

⁵⁹

⁶⁰ Como se sabe, el derecho de opción desaparece (temporalmente) en la normativa española a raíz de la Ley 16/1976, 8 de abril, de Relaciones Laborales, reinstaurándose con la promulgación del Decreto-Ley 17/1977, 4 de marzo, de Relaciones de trabajo (RDLRT'77).

El Estatuto de los Trabajadores, siguiendo la misma operativa que la LCT'44, exige la readmisión del trabajador en caso de despido sin causa, pero reconoce el derecho de opción al empresario, pudiendo cumplir por equivalente. La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia entienden, que el TRET establece una verdadera obligación alternativa: readmitir o indemnizar. Indemnización que – se afirma - resarce los daños y perjuicios derivados de la extinción injustificada del contrato. Y, por ende (en base a la denominada “relación de exclusividad”) se rechaza la posibilidad de que el trabajador, paralelamente a la compensación legal tasada, pueda reclamar una indemnización de daños y perjuicios⁶¹. Se argumenta, primero, que la norma laboral – especial - desplaza a la civil – general - por lo que “el contenido indemnizatorio tasado en las normas laborales para los despidos impide acudir a la normativa civil para reclamar una cuantía superior”⁶²; y, segundo, se presume “iuris et de iure” la existencia y el alcance del perjuicio”⁶³.

Sin embargo, a partir de la concepción restrictiva del despido (referido única y exclusivamente a la resolución imputable del contrato), a la naturaleza causal del negocio jurídico en que consiste toda decisión extintiva del empresario⁶⁴, la readmisión como opción preferida por el legislador en caso de no opción (art. 56.3 y 4 ET) y al carácter de regla especial del Derecho del Trabajo, con respecto a la regla general prevista en el CC (arts. 1124 y 1101) existen ciertos hitos normativos que permiten sostener la compatibilidad de la ambas compensaciones.

Primero. La reforma de 2002 habilitando lo que se ha conocido como “despido exprés” (antiguo art. 56.2 ET) es un estadio más de la evolución iniciada en 1908. A nuestro entender, no puede afirmarse que la Ley 45/2002 suponga una alteración de la naturaleza jurídica del despido, pues, sigue siendo causal – se habla, en cambio, de “despido libre indemnizado”⁶⁵. El hecho de que el empresario tenga que indemnizar si no concurre causa, o bien, si es insuficiente o no la ha podido probar, así lo evidencia. En cambio, lo que la reforma potencia es la eficiencia del principio de economía procesal, pues, como es bien sabido, al mantener el derecho del trabajador a percibir la compensación legal tasada, permitía soslayar todo el proceso judicial.

Segundo. La reforma operada por la LO 3/2007 en la redacción de los arts. 180 y 181 de la LPL (recogiendo la doctrina jurisprudencial previa⁶⁶) – hoy arts. 182.1.d y 183 LRJS - , plantean numerosos problemas jurídicos, pues, si se acepta la posible compatibilidad de la indemnización de daños y perjuicios y la compensación legal tasada en los despidos declarados nulos por violación de los derechos fundamentales (por ejemplo, cuando la readmisión no sea posible - art. 284 LPL y art. 286.1 LRJS), automáticamente nos encontramos con que, o bien, esta segunda se refiere a la prestación por equivalente, o bien, estamos exigiendo al empresario dos resarcimientos por el mismo ilícito contractual (a fin de cuentas, extinción del contrato sin causa). Lo

⁶¹ STS 18 de julio 1985 (RJ 3809); 3 de abril 1997 (RJ 3047); 11 de marzo 2004 (RJ 3401); y 25 de noviembre 2004 (RJ 2005\1058). Supuestos, conviene advertir, centrados en el mecanismo resolutorio *ex art. 50 TRET*. Precisión que, a los efectos de este estudio, no resulta excesivamente relevante, por cuanto, en el fondo, el origen de la responsabilidad empresarial que inspira los arts. 50 y 56 TRET parte del mismo hecho, un incumplimiento contractual grave y culpable por parte del empresario.

⁶² La STS 22 de enero 1990 (RJ 183) afirma que cuando existe una previsión indemnizatoria específica en la norma laboral no es factible acudir a las previsiones de la misma naturaleza del derecho común

⁶³ SEMPERE NAVARRO y SAN MARTÍN MAZZUCCONI (2003), p. 92.

⁶⁴ MONTOYA MELGAR (1967), p. 30 Y 31.

⁶⁵ PÉREZ-BENEYTO ABAD (2004), p. 238 y 239.

⁶⁶ Entre otras, SSTS 12 de junio 2001 (RJ 5931); 11 de marzo 2004 (RJ 3401); y 17 de mayo 2006 (RJ 7176).

que, en términos de la teoría general de los contratos y las obligaciones resulta, por lo menos, discutible. A nuestro modo de ver, desde un punto de vista contractual, la violación de un derecho o libertad fundamental no asigna al comportamiento infractor un carácter agravante que justifique esta doble compensación. O, dicho de otro modo, de hacerlo, se estaría forzando notablemente la conceptualización de las instituciones implicadas. En cambio, la tesis que proponemos resulta mucho más pacífica con esta configuración normativa.

Y tercero. La LRJS contiene una disposición muy novedosa con respecto a la LPL que contribuye poderosamente a corroborar la tesis mantenida a lo largo de este estudio. En concreto, el art. 286.2 reconoce a las personas cuyo despido haya sido declarado nulo por acoso laboral, sexual o por razón de sexo o de violencia de género en el trabajo la titularidad de un derecho de opción (soslayando la readmisión obligatoria). Sin negar la extraordinaria oportunidad de esta novedad (largamente reclamada por la doctrina), lo cierto es que la técnica legislativa empleada es ciertamente discutible, pues, lo lógico hubiera sido que también se hubiera incorporado al ET. En cualquier caso, esta regla evidencia la tesis sostenida a lo largo de este ensayo: que sin solución de continuidad la cuestión relativa al derecho de opción y la compensación legal tasada se refiere a aspectos cuya naturaleza radica en la esfera procesal, sin afectación alguna en la naturaleza jurídica resolutoria del despido. Además, a diferencia de otros supuestos de nulidad en los que la posible compatibilidad de indemnizaciones está condicionada a la imposibilidad de la readmisión (art. 286.1 LRJS), en estos supuestos de reconoce abiertamente. Lo que deja plenamente al descubierto el “dilema” de la doble compensación.

En definitiva, en virtud de todo lo expuesto, parece razonable entender que, en tanto que la norma especial, esto es, el Derecho del Trabajo, sólo se refiere a la prestación por equivalente por la no readmisión (compensación legal tasada), de modo que no existe norma alguna que impida reclamar una indemnización por daños y perjuicios, debiéndose acudir a la norma general prevista en el Código Civil (arts. 1124 y 1101).

7.- Conclusiones

La necesidad de facilitar la supervivencia biológica del trabajador y de su familia en los supuestos de despido injustificado ha impulsado al legislador a buscar instrumentos para proveer rentas sustitutivas del salario con la mayor celeridad posible. Hasta que no se superaron las reticencias al aseguramiento del desempleo, los instrumentos para otorgar una compensación económica con la mayor celeridad posible, se ha convertido a lo largo de la historia, al albur del principio de economía procesal, en el principal mecanismo para alcanzar este objetivo. El principal inconveniente para los intereses de los trabajadores es que este pronto resarcimiento se ha hecho a costa de limitar la responsabilidad contractual del empresario infractor. De modo que el riesgo a que no internalice la totalidad de los costes derivados de sus conductas es potencialmente muy elevado y, por consiguiente, el ordenamiento jurídico no proyecta los impulsos disuasivos adecuados para que actúe conforme a lo que socialmente se estima como deseable (extinguir causalmente el contrato).

No obstante, como se ha tratado de demostrar en este ensayo, la naturaleza de la compensación legal tasada por despido sin causa se identifica con la prestación por equivalente por la no readmisión del trabajador, quedando expedita la posibilidad de exigir una indemnización de daños y perjuicios en cualquier extinción injustificada (y no sólo en las declaradas nulas), compatible con la compensación legal tasada.

El análisis llevado a cabo en este estudio ha permitido constatar cómo paulatinamente a medida que se producían los cambios en la normativa procesal para agilizar la pronta compensación se ha producido una errónea identificación entre ambas compensaciones. Lo que se ha traducido en un cercenamiento de los derechos de los trabajadores.

No obstante, en el régimen jurídico vigente existen elementos suficientes como para razonablemente defender la hipótesis expuesta. El impacto de esta tesis en la erradicación de conductas extintivas arbitrarias o absolutamente injustificadas y, por ende, en la conservación del negocio jurídico, está fuera de toda duda.

8.- Bibliografía citada

- ABELLA MESTANZA (1976). *Despidos especiales por razón de las personas*. Tesis Doctoral.
- ALARCÓN Y HORCAS (1927). *Código del Trabajo*. Vol. I. Editorial Reus, Madrid.
- ALBIOL MONTESINOS (1973). *La resolución del contrato de trabajo por el trabajador*. Escuela Social de Valencia. Cuadernos XXII, Valencia.
- ALONSO OLEA (1966). «Sobre la Historia de los procesos de trabajo». *RT* nº 15.
- ÁLVAREZ VIGARAY (2003). *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. Comares, Granada.
- BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS (1990). *El incumplimiento de las obligaciones*. EDESA. Madrid.
- BETTI (2000). *Teoría general del negocio jurídico*. Comares, Granada.
- CUESTA BUSTILLO (1988). *Los Seguros sociales en la España del Siglo XX. Hacia los seguros sociales obligatorios. La crisis de la Restauración*. MTSS, Madrid.
- DÍEZ-PICAZO (1993). *Fundamentos de derecho civil patrimonial*. Vol I. 4ª Edición. Tecnos. Madrid.
- ESTADELLA y ARÁN HORTS (1936). *El fracaso de los Jurados Mixtos. Hacia una profunda reforma de los organismos de política social*. Reus. Madrid.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ (1991). «La ejecución forzosa de las sentencias dictadas en los procesos por despido». *RL* II.
- GALLART Y FOLCH (1936). *Derecho Español del Trabajo*. Editorial Labor, Barcelona.
- GÁRATE CASTRO (1994). *Los salarios de tramitación. Un estudio de las percepciones salariales unidas a la declaración de improcedencia o nulidad del despido*. ACARL. Madrid.
- GARCÍA ABELLÁN (1960). «La indemnización por despido improcedente y el arbitrio judicial para su fijación». *RDT* nº 37 y 38.
- GARCÍA OVIEDO (1928). *Algunas consideraciones acerca de la lucha legal contra el paro forzoso*. Discurso leído en la Solemne Apertura del Curso Académico de 1928 a 1929 en la Universidad de Sevilla. Eulogio de las Heras. Sevilla.
- GIL Y GIL (2004). «La noción de despido disciplinario». En SEMPERE NAVARRO (Dir.), *El despido: aspectos sustantivos y procesales*. Thomson-Aranzadi. Pamplona.
- GONZÁLEZ VELASCO y VIVES USANO (1992). «Aspectos del derecho de opción en los despidos disciplinarios». En *Estudios sobre el despido disciplinario*. 2ª Edición. ACARL, Madrid.

- GONZÁLEZ-ROTHVOSS Y GIL (192-?). *Guía para el funcionamiento de los Comités Paritarios*. Biblioteca Marvá. Madrid.
- GORELLI HERNÁNDEZ (1995). *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*. Civitas. Madrid.
- HERNÁEZ MANRIQUE (1981). «Ejecución específica de la obligación de readmitir en los casos de declaración de despido nulo». *REDT* nº 8.
- HINOJOSA FERRER (1932). *El contrato de Trabajo. Comentarios a la Ley de 21 de noviembre de 1931*. EDERSA, Madrid
- HOSTENCH (1929). *El derecho del despido en el contrato de trabajo*. Librería Bosch, Barcelona.
- LAVADO MOLINA (1977). «El régimen jurídico de los salarios de tramitación en los procesos por despido». *RPS* nº 115.
- MIGUEL Y ROMERO (1930). «El poder jurisdiccional del Estado y los Comités Paritarios». *RGLJ* nº 156.
- MILLÁN HERNÁNDEZ (1987). *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Vol. II. Editorial Montecorvo. Madrid.
- MOLERO MANGLANO (1975). *La supletoriedad del Derecho Común en el Derecho del Trabajo*. IEP. Madrid.
- MONEREO PÉREZ y MORENO VIDA (1994). «Forma y procedimientos del despido disciplinario». En Borrajo Dacruz (Dir.), *La reforma del Estatuto de los Trabajadores. Tomo II. El despido*. EDERSA. Madrid.
- MONTERO AROCA (1973). «Notas sobre la historia de la jurisdicción de trabajo. Parte Primera: los tribunales industriales». *RT* nº 43.
- MONTERO AROCA (1976). *Los Tribunales de Trabajo (1908-1938)*. Universidad de Valencia.
- MONTÉS PENADÉS (1989). «Artículo 1124». En ALBALADEJO (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XV, Vol. 1º. EDERSA, Madrid.
- MONTOYA MELGAR (1967). *La extinción del contrato de trabajo por abandono del trabajador*. Instituto García Oviedo, Sevilla.
- MONTOYA MELGAR (1992). *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*. Civitas. Madrid.
- MOSCO (195-?). *La resolución de los contratos por incumplimiento*. Ed. Dux. Barcelona.
- PANTALEÓN (1989). «Resolución por incumplimiento e indemnización». *ADC*.
- PÉREZ-BENEYTO ABAD (2004). «Despido procedente: efectos; Despido improcedente (I): supuestos y efectos. Especial referencia a los salarios de tramitación; y Despido Improcedente (II): recurso frente a las sentencias». En Gorelli Hernández (Coord.), *El despido. Análisis y aplicación práctica*. Tecnos. Madrid.
- PÉREZ BOTIJA (1957). «Prólogo» a la obra de CARRO IGELMO. *El despido justo*. Bosch. Barcelona.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (1967). «El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928». *RPS* nº 77.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (1968). «El régimen jurídico del despido (II); Leyes de contrato de trabajo y de Jurados Mixtos». *RPS* nº 77.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (1989). *El incidente de no readmisión*. Ministerio de Justicia. Madrid.
- SANTAMARÍA ANSA (1936). *El despido del obrero y del empleado*. Ed. Emilio García Enciso, Pamplona.

- SEMPERE NAVARRO y SAN MARTÍN MAZZUCCONI (2003). *La indemnización por Daños y Perjuicios en el Contrato de Trabajo*. Aranzadi.
- SOSA MANCHA (2002). *La emergencia del Contrato de trabajo (La codificación civil y los proyectos de ley de contrato de trabajo: 1821-1924)*. Civitas. Madrid.
- SUÁREZ GONZÁLEZ (1967). *La terminación del contrato de trabajo*. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia.
- SUÁREZ GONZÁLEZ (1970). «*La prescripción y la caducidad en el contrato de trabajo*». *RPS* nº 85.