

# SOBRE EL INCIDENTE DE INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR LA NO READMISION (\*)

## INTRODUCCION

### I

#### CUESTIONES PREVIAS

##### 1. *Punto de partida para el estudio de la figura jurídica*

El estudio de la figura jurídica que hemos elegido como objeto de nuestro trabajo no debe partir del análisis del Derecho positivo vigente, ya que la utilización de ese método, importa, a nuestro juicio, dos graves limitaciones:

A) Desconocer el carácter dinámico del Derecho del Trabajo, disciplina jurídica en la cual se halla encuadrada la institución sobre la que vamos a operar. Esta limitación es lo suficientemente significativa para rechazar aquél por el riesgo que correríamos al aceptarlo, traducible en una desviación peligrosa que imposibilitaría la comprensión de la esencia misma del instituto jurídico, pues ésta no se puede aprehender si no se tienen en cuenta los distintos factores de toda índole: políticos, económicos, sociológicos y jurídicos, que en el proceso histórico han influido a su configuración jurídica. Ya que, si bien es cierto que, como juristas, debemos atender principalmente a la configuración jurídica de cada una de las instituciones, no es menos cierto que, como investigadores, no podemos ignorar los elementos o factores diversos que han servido para deli-

---

(\*) Introducción y capítulo I al estudio *Indemnización de daños y perjuicios por la no readmisión*.

mitarlas como presupuestos fácticos a los que, posteriormente y por su relevancia o importancia en la vida del Derecho, el ordenamiento jurídico ha elevado a categorías jurídicas. En este orden de ideas, debemos convenir que a lo que vamos a proceder con este estudio no es, precisamente, a la exégesis de la figura jurídica partiendo del Derecho positivo vigente en nuestro país, por el contrario, vamos a analizar, primero, aquellos factores diversos que han servido a lo largo de un proceso histórico como elementos definidores del presupuesto fáctico, que constituye la base o realidad social sobre la que se asienta la institución al que el Derecho ha tenido en cuenta para elevarle a categoría jurídica, configurándole y ordenándole como una institución de naturaleza jurídica, concediéndole efectos también jurídicos, pero, al mismo tiempo, hemos de tener presente que el Derecho es una ciencia de contenido vario que necesita de un sistema para su mejor comprensión, el cual se manifiesta por medio de las ramas o disciplinas jurídicas que hacen objeto suyo a los diversos aspectos del contenido múltiple del Derecho, como regulador de la realidad social que se presenta en sus múltiples facetas; matizados por el distinto contenido de esa realidad social multiforme a la que enmarca, configura y ordena aquél, por lo que bueno será que a partir de este momento precisemos la rama o disciplina jurídica dentro de la cual vamos a colocar al cuerpo jurídico que hemos hecho objeto de nuestro trabajo; concretando, desde este momento lo efectuamos en el Derecho del Trabajo como ciencia jurídica que se ocupa de normar y reglar la realidad social, resultante de la prestación de servicios por cuenta ajena. La investigación no sería completa si terminara ahí, por ello creemos necesario completarla con el estudio de la institución dentro del ordenamiento jurídico, a partir del momento en que éste se ocupara de ella y a lo largo de su devenir hasta llegar a su actual configuración en el Derecho positivo español y en la doctrina, tanto científica como legal.

B) La pura exégesis del Derecho positivo vigente importa, por tanto, otra limitación, que se deduce, además de lo ya expuesto, por ser la misma insuficiente; del riesgo de extremismo, traducible en una peligrosa apología de la norma o, en su contrario, no menos peligroso, de la sistemática crítica destructiva. El riesgo de incurrir en alguno de los dos extremos existe, sin duda, si operamos únicamente con la exégesis de Derecho vigente, ignorando los demás

elementos que han de tenerse en cuenta para proceder al estudio de la figura, pues aquél sólo nos proporciona una visión parcial de ésta, que aconseja rechazar dicho método.

Estas precisiones no obedecen a un mero capricho o elucubración mental del autor, sino que, muy al contrario, las estimamos plenamente justificadas porque el instituto casi ha sido ignorado por la doctrina científica, y en las contadas ocasiones en que ha sido estudiado, se ha partido siempre y únicamente de la norma vigente, sin tener en cuenta los demás elementos de la investigación; por ello, creemos conveniente proceder a un estudio, si no exhaustivo, por nuestras propias limitaciones, sí lo suficientemente amplio para que el mismo nos facilite una visión más completa de la figura. En el sentido expresado es en el que vamos a operar en nuestro trabajo sin pretender agotar el tema, por cuanto el mismo excede a nuestras posibilidades; pero sí creemos, en cambio, que el instituto ofrece unas perspectivas enormes para el investigador, por lo que la valoración de nuestro trabajo en orden a sus deméritos no puede justificarse desde el punto de vista de las limitaciones del tema, sino que han de imputarse al autor.

## 2. *Delimitación de la figura*

El estudio de este instituto jurídico exige su previa delimitación, para lo cual nos vamos a referir a cada uno de sus elementos:

A) *Su calificación como incidente.*—La figura es una institución accesorio o secundaria que depende de otra principal: el despido —al que se une por accidente por ser un estado no esencial de la extinción de la relación laboral por declaración unilateral del empresario. La figura jurídica de la que depende el incidente de indemnización de daños y perjuicios por la no readmisión, es la terminación del contrato de trabajo por decisión unilateral del empleador—, una de las diversas modalidades de extinción de la relación de trabajo que la doctrina ha convenido en denominar despido, en sentido amplio (1), por lo que no creemos pueda estudiarse la institución objeto de nuestro trabajo sin referirla al despido. Por otra parte, aquélla no es esencial, sino meramente accidental; que no se da en todos y cada uno de los supuestos del despido, sino, excepcionalmente, en alguno de ellos, para

---

(1) Ver, entre otros, M. ALONSO OLEA: *El despido* (I. E. P.). Madrid, 1957, páginas 10 y 11.

los declarados improcedentes, siempre que la resolución que así lo califique conceda, además, al trabajador el derecho de opción que configuran los artículos 81, 3.º, de la L. C. T. (2); 102, 1.º, de la L. P. L. (3), y 103 del mismo cuerpo legal (4). Sin embargo, la excepcionalidad de la figura no quiere decir que la misma se dé en raras o contadas ocasiones, sino que, por el contrario, se produce, a nuestro juicio, en exceso, lo cual plantea el problema de su eficacia como institución. Esto es, si el instituto jurídico que estamos estudiando cumple con el fin para el que fue regulado por el ordenamiento jurídico. El Decreto de 26 de octubre de 1956 (5), modificó el artículo 81, 3.º de la L. C. T. (6), en el sentido de que la readmisión ya no es obligatoria para el empresario, salvo en los supuestos del trabajador ingresado en la Empresa por oposición o concurso-oposición (7). Y dejando aparte

---

(2) Artículo 81, 3.º, de la ley de Contrato de trabajo, texto refundido de 26 de enero de 1944: «Si es despedido sin justa causa, podrá optarse entre que se le readmita en igual puesto e idénticas condiciones que venía desempeñando o se le indemnice en una suma que fijará el magistrado de Trabajo, 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., sin que pueda exceder del importe de un año de sueldo o jornal. La opción anteriormente establecida corresponderá al empresario cuando se trate de Empresa de menos de cincuenta operarios fijos, y al trabajador cuando exceda de ese número.»

(3) Artículo 102, 1.º, del texto articulado II de la ley de Bases de la Seguridad Social, aprobado por Decreto 909/66, de 21 de abril (en lo sucesivo, L. P. L.): «En el fallo de la sentencia, el magistrado calificará el despido de "procedente" cuando haya sido debidamente alegada y probada alguna de las causas del artículo 77 del texto refundido de la ley de Contrato de trabajo, y de "improcedente" en todos los demás casos.»

(4) Artículo 103 de la L. P. L.: «Si se estima procedente el despido, declarará resuelto el contrato de trabajo sin derecho a indemnización. En caso contrario, 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 magistrado concederá el derecho de opción al empresario cuando ocupe menos de cincuenta operarios fijos, y al trabajador si excediera de este número. 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.»

(5) *Boletín Oficial del Estado* de 25 de diciembre del mismo año.

(6) Cit.

(7) Artículo 213 de la L. P. L.: «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,

el problema de su legalidad (8), lo que nos interesa es estudiar su contenido, ciertamente regresivo, en cuanto supone un ataque frontal al principio de continuidad de la relación laboral (9). La no obligatoriedad de la readmisión se compensa mediante una indemnización de daños y perjuicios (10), con la que se pretende resarcir al trabajador injustamente despedido de los daños y perjuicios reales o presuntos (11) producidos por la conducta ilícita del empresario, que se niega a admitir al trabajador, pese a que la resolución judicial que puso fin al juicio por despido le ordenaba la continuidad de la relación de trabajo, para el supuesto de que aquél optase por la misma (12).

conforme a los Reglamentos de Trabajo o a los Reglamentos o Estatutos particulares de aquella, 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», heredado del artículo 12 del Decreto de 26 de octubre de 1956 del que sólo se ha modificado el inciso final: «Será ésta obligatoria para las Empresas, sin que proceda la indemnización de daños y perjuicios». Cuyo paralelo se encuentra en el Derecho argentino, en cuanto a la estabilidad de los empleados de las entidades bancarias; así, E. R. KATZ: «Las retribuciones de los empleados de Bancos y Seguros, despedidos sin justa causa, en el Derecho argentino», en *Estudios en memoria del profesor Eugenio Pérez Botija* (I. E. P.), Madrid, 1970, tomo I, págs. 423 y sigs., y la bibliografía por él citada.

(8) Por cuanto, por medio de un Decreto, se vino a modificar un precepto legal, problema hoy irrelevante, habida cuenta de que con posterioridad fue incorporado al T. R. P. L. de 4 de julio de 1958.

(9) Manifestación del llamado principio *pro operario*, cuya crisis se vislumbra en la doctrina, tanto jurisprudencial, contenida entre otras, en las sentencias de la Sala VI del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1962, 13 de diciembre de 1962, 20 de mayo de 1965, 24 de diciembre de 1966 y 6 de abril de 1968, y en la científica: M. ALONSO GARCÍA: *Curso de Derecho del trabajo*, 3.<sup>a</sup> edición (Ariel), Barcelona, 1971, págs. 276-277; F. SUÁREZ GONZÁLEZ: «La prescripción y la caducidad en el contrato de trabajo», en R. P. S., núm. 85, pág. 74. Y en cuanto a la crisis del mismo principio de estabilidad en el empleo, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO: «El régimen jurídico del despido (II); Leyes de contrato de trabajo y de jurados mixtos», en R. P. S., núm. 77, págs. 18 y 19, y, en especial, en la pág. 34; en contra, J. RIVERO LAMAS: «Estabilidad en el empleo en el ordenamiento laboral español», en R. P. S., núm. 70, pág. 213.

(10) Artículo 212 de la L. P. L.

(11) En nuestro ordenamiento jurídico, la resolución que declara improcedente el despido ha de fijar, preceptivamente, una indemnización a favor del trabajador, sin que a éste incumba la prueba de los daños y perjuicios, los cuales se presumen siempre, aun cuando no existan, si bien concede al órgano judicial plena discrecionalidad para establecer aquella, respetando un máximo, que la ley establece en un año de salarios, para cuya determinación se han de tener en cuenta unos criterios de carácter objetivo y subjetivo.

(12) Artículo 208 de la L. P. L.: «De la comparecencia o, en su caso, del escrito a que se refiere el artículo 105 de este texto, en el que se opte por la readmisión, se dará inmediato conocimiento a la parte contraria, a fin de que dentro de los cinco días siguientes se reanude la relación laboral en idénticas condiciones a las que regían antes de producirse el despido.»

Dicha indemnización la fija libremente el magistrado (13), respetando, en todo caso, dos límites: uno mínimo, de seis meses de salarios o la indemnización fijada en la sentencia que puso fin al juicio de despido, y otro, máximo, de cuatro años.

Con dicha indemnización, que aparentemente resulta elevada, el legislador pretendía reducir al mínimo el número de supuestos en que debía darse el incidente, pero la realidad nos viene demostrando que tal fin no se cumple, pues son excesivos los casos en que se produce la figura por dos causas principales a nuestro juicio:

a) La ley concede al magistrado un amplio margen de libertad para fijar la indemnización, pero son contados los casos en que aquél utiliza dicha facultad, fijando como indemnización del incidente la máxima de cuatro años de salarios (14).

b) Contra el auto, resolviendo el incidente, no cabe recurso alguno —artículo 212, 3.º, de la L. P. L.—, pese a que en el Decreto de 26 de octubre de 1956 se regulaba un recurso de revisión contra los mismos —artículo 8.º, normas 6.ª a 11.—.

Creemos que el incidente no satisface el propósito del legislador, en cuanto el mismo debía servir de freno a la extinción de la relación laboral a fin de garantizar el principio de continuidad de la misma, inspirador de nuestro ordenamiento jurídico-laboral, lo cual impone, a nuestro juicio, la necesidad de proceder a una revisión del mismo, en sentido negativo, como ya hemos visto, que viene ocurriendo con el principio «pro operario» —pero si bien se mira, como aquél no es nada más que una manifestación en concreto de éste, si el principio que le sirve de fundamento se halla en crisis, a nadie debe extrañar que sus manifestaciones también lo estén—. Pero si no se quiere aceptar esa realidad que viene denunciando la doctrina, preciso será proceder a una auténtica revisión del régimen ordenador del incidente

---

(13) Artículo 212 de la L. P. L.: «Dentro de los tres días siguientes, el magistrado de Trabajo dictará auto en el que, salvo en los casos en los que no resulte acreditada ninguna de las dos circunstancias alegadas por el ejecutante, acordará se abone al trabajador una indemnización, que no podrá ser inferior al sueldo o jornal de seis meses ni superior al de cuatro años, sin que en ningún caso pueda ser menor que el importe de la fijada en la sentencia que puso fin al juicio de despido...»

(14) M. ALONSO OLEA: *Ejecución de sentencias de despido: El incidente de no readmisión*, Comunicación a la Ponencia IV del III Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo, celebrado en Sevilla, en los días 30 de septiembre al 3 de octubre de 1970, página 7. También, revisado, en REVISTA DE POLÍTICA SOCIAL, núm. 87, 1970.

de indemnización de daños y perjuicios por la no readmisión, para adaptarlo a aquél, dadas las desviaciones que se han introducido en el mismo con la modificación del artículo 81, 3.º, de la L. C. T., que constituye una verdadera negación de dicho principio.

La crisis del principio de continuidad de la relación laboral se inicia con el Decreto de 26 de octubre de 1956, al modificarse el artículo 81, 3.º, de la L. C. T. de 26 de enero de 1944, pero se agudiza aún más en el T. R. P. L. de 4 de julio de 1958, al introducir nuevas limitaciones al mismo:

a) El Decreto había previsto en su artículo 8.º, normas 6.ª a 11, la posibilidad de que el auto del magistrado, poniendo fin al incidente, fuera recurrido ante el Tribunal Central de Trabajo o ante la Sala VI del Tribunal Supremo; sin embargo, el T. R. P. L. de 4 de julio de 1958, en su artículo 202, 2.º, niega tal posibilidad, con lo cual se plantean dos problemas:

1.º Que en lo supuestos en que la indemnización fijada en el auto, resolviendo el incidente, perjudique los intereses del trabajador por ser inferior al mínimo de seis meses de salarios o a la establecida por la sentencia que puso fin al juicio de despido, aquél no podrá solicitar su revisión (15), siendo cuestionable si puede interponer el recurso de aclaración (16), ya que de la interpretación literal del artículo 188 de la L. P. L., hay que llegar a la solución negativa, habida cuenta de que este recurso sólo cabe contra las resoluciones judiciales que adopten la forma de sentencia.

2.º Que al no existir el control del criterio mantenido por las diversas Magistraturas de Trabajo de todo el país, mediante el recurso de suplicación o de casación ante los Tribunales superiores, y, en particular, este último, que a nuestro juicio es el pertinente, por razón de la cuantía del incidente que no es fácil baje de la suma de 200.000 pesetas, por comprender cuatro años de salarios (17), dichos criterios se mantengan aun-

---

(15) Artículo 212, 3.º, de la L. P. L.: «Contra el auto que dicte el magistrado no procederá la interposición de recurso alguno.»

(16) Artículo 188 de la L. P. L.: «Las partes podrán solicitar del Tribunal que haya dictado la sentencia que aclare algún concepto oscuro o supla cualquiera omisión que contenga sobre punto discutido en litigio...», en relación con el párrafo 3.º del artículo 212 del mismo texto legal, citado.

(17) Artículo 178, norma 1.ª de la L. P. L.: «En las reclamaciones por despido se fijará por el sueldo o salario base que durante un año corresponda percibir al trabajador

que sean contradictorios, sin posibilidad alguna de unificarlos, con grave perjuicio para la seguridad jurídica y, sobre todo, para el trabajador, presunto perjudicado.

b) En el artículo 9.º del Decreto de 26 de octubre de 1956 (18) se estableció para el empresario la obligación de abonar al trabajador no readmitido los salarios de tramitación del incidente; sin embargo, el T. R. P. L. silenció tal extremo, y posteriormente lo han hecho los demás textos adjetivos del Derecho del Trabajo, de suerte que ese silencio, acompañado de la ausencia de un posterior control sobre los autos de las Magistraturas, resolviendo los incidentes de indemnización de daños y perjuicios por la no readmisión, ha dado lugar a que los trabajadores resulten perjudicados al no percibir los salarios de tramitación del incidente a los que tienen derecho (19) según los artículos 37 (20), 47 (21) y 75, 1.º (22) de la L. C. T., por

---

conforme a la reglamentación respectiva o al que se determine en el contrato, si es más beneficioso.» Creemos, que en el supuesto de que cupiera recurso contra los autos poniendo fin a los incidentes, la regla para determinar la cuantía del mismo, para conocer qué recurso es el pertinente, sería la citada, pero referida siempre a los salarios de cuatro años.

(18) Artículo 9.º, del Decreto de 26 de octubre de 1956: «Cuando la resolución que ponga fin al incidente declare la pertinencia del mismo, el trabajador tendrá derecho a percibir, además de la indemnización que se fije de acuerdo con la norma 5.ª del artículo anterior, una cantidad igual al importe de los jornales que hubiere devengado durante la tramitación del incidente, la que habrá de hacerse efectiva al ejecutarse éste.»

(19) M. ALONSO OLEA, Op. cit., págs. 13 y 14.

(20) Artículo 37 de la L. C. T.: «Se considera salario la totalidad de los beneficios que obtenga el trabajador por sus servicios u obras, no sólo lo que reciba en metálico o en especie como retribución directa e inmediata de su labor, sino también las indemnizaciones por espera, por impedimentos o interrupciones del trabajo, así como la obtenida por el uso de la casa-habitación, agua, luz, manutención y conceptos semejantes, siempre que se obtenga por razón o en virtud del trabajo o servicio prestado.»

(21) Artículo 47 de la L. C. T.: «Si el trabajador no pudiera prestar sus servicios o producir sus obras una vez vigente el contrato de trabajo, porque el empresario se retrasase en darle trabajo o por impedimentos que provinieran de los locales, los materiales, las maquinarias, los instrumentos o cualquiera otra circunstancia imputable al empresario y no al trabajador, éste conservará el derecho a su salario, sin que pueda hacérsele compensar el que perdió con otro trabajo realizado en otro tiempo...»

(22) Artículo 75, 1.º, de la L. C. T.: «El empresario está obligado: 1.º A remunerar la prestación de servicios y de obras que se le hicieran por el contrato de trabajo...»



no quedar extinguida la relación laboral hasta el momento en que se dicta el auto (23).

c) En cuanto a la acción reparadora de los daños y perjuicios por la no readmisión, el Decreto de 26 de octubre de 1956, en su artículo 7.º estableció que su ejercicio sería de oficio por la Magistratura, gozando con ello el trabajador de una mayor protección (24) frente a la situación actual incorporada por el T. R. P. L. de 4 de julio de 1958, en el que la acción por la no readmisión debe ser ejercitada directamente por el presunto perjudicado, con el riesgo de que si no lo hace dentro del plazo que la ley le concede pueda caducarle (25).

B) *Su naturaleza de incidente de indemnización.*—El fin próximo de la figura es reparar el daño causado o que se presume causado al trabajador por la conducta ilícita del empresario, consistente en negarse a readmitir al productor que ha optado por la readmisión, en base a una sentencia que declara improcedente el despido y le otorga el derecho de opción. La finalidad inmediata del incidente es, pues, reparadora o resarcitoria de los daños y perjuicios que se le irrogan o se presume causados al trabajador por el acto ilícito del empleador. La conducta de éste es un acto ilícito civil (26) que ha de ser reparado o indemnizado por su autor para compensar o resar-

---

(23) L. E. DE LA VILLA GIL: «La formalización (carta y expediente) del despido disciplinario», en *Dieciséis lecciones sobre causas de despido* (U. M. F. D.), Madrid, 1969, páginas 287-288.

(24) Artículo 7.º del Decreto de 26 de octubre de 1956: «De la comparecencia o, en su caso, del escrito en que se opte por la readmisión, se dará conocimiento inmediato a la parte contraria, a fin de que, dentro de los cinco días siguientes, se reanude la relación laboral en idénticas condiciones a las que regían antes de producirse el despido.

La Empresa vendrá obligada a comunicar a la Magistratura la efectividad de la readmisión en otro plazo de cinco días, contados desde la fecha en que aquélla tuvo lugar.

Si la Empresa dejara transcurrir el plazo fijado sin dar cumplimiento a la obligación que en el párrafo anterior se dispone, el magistrado, de oficio, iniciará un incidente de ejecución de sentencia, que se denominará de «indemnización de daños y perjuicios por la no readmisión...».

(25) Artículo 209 de la L. P. L.: «El trabajador, dentro de los treinta días siguientes a aquel en que hubiera ejercitado su derecho de opción o se le notifique haberlo utilizado la Empresa, cuando a ella corresponda, podrá comparecer ante el magistrado solicitando la ejecución de la sentencia, negando el hecho de la readmisión o mostrando su disconformidad con las condiciones en que se hubiese llevado a efecto.»

(26) J. RIVERO LAMAS: «Indemnización», en *N. E. J.*, Seix, tomo XII, pág. 259; en contra, M. ALONSO OLEA, para quien la indemnización de daños y perjuicios por la no readmisión es una sanción, *Op. cit.*, pág. 4.

cir al trabajador de los daños y perjuicios que se le irrogan o se presume irrogados, pues aun en el supuesto de que la conducta ilícita del empresario no haya causado daños ni perjuicios al trabajador, no por ello pierde éste su derecho a percibir la indemnización, porque en el incidente ésta no se halla supeditada o subordinada a que el productor pruebe la existencia de los daños o perjuicios, sino que, por el contrario, se presume (27).

Presunción que a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.249 y siguientes del Código civil no es *iuris tantum*, o que admita prueba en contrario, sino una presunción *iuris et de iure* (28), que dispensa al trabajador de probar los daños o perjuicios. Pero también cabría preguntarnos si estamos en presencia de una verdadera presunción *iuris et de iure* o, por el contrario, se trata de una presunción mixta en cuanto que participa de la doble naturaleza de ambas presunciones, porque en el resultando de hechos probados de la sentencia que pone fin al juicio de revisión del despido se han de recoger los extremos relativos al salario, antigüedad en la Empresa, etc. (29), cuya prueba corre de cuenta del trabajador, según la doctrina del artículo 1.214 del Código civil (30), que es de aplicación al proceso laboral según la sentencia del Tribunal Supremo, Sala VI, de 6 de abril de 1968 (31). Pero, en todo caso, no debemos olvidar que tal indemnización ha de ser expresamente solicitada por el trabajador, después de la modificación introducida en el incidente por el artículo 199 del T. R. P. L. de 4 de julio de 1958 (32), sin que haya de fijarla de oficio la Magistratura (33). Ello supone que si

(27) Artículo 212 de la L. P. L., cit.

(28) Artículo 1.251 del C. C.: «Las presunciones establecidas por la ley pueden destruirse por la prueba en contrario, excepto en los casos en que aquella expresamente lo prohíba...»

(29) Artículo 101 de la L. P. L.: «En el resultando de "hechos probados" en la sentencia se hará constar las siguientes circunstancias: a), fecha de despido; b), sueldo o jornal del trabajador; c), residencia, categoría profesional y características particulares, si las hubiere, y el trabajo que realiza el demandante antes de producirse el despido; d), si el trabajador despedido ostenta cargo sindical, jurado de Empresa, enlace de la Sección Femenina...»

(30) Artículo 1.214 del C. C.: «Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que se opone.»

(31) Rep. Ar. 2.105.

(32) Artículo 199 del T. R. P. L. de 4 de julio de 1958: «El trabajador, dentro de los treinta días siguientes a aquel en que hubiera ejercitado su derecho de opción o se le notifique haberlo utilizado la Empresa, cuando a ella corresponda, podrá comparecer ante el magistrado solicitando la ejecución de la sentencia negando el hecho de la readmisión o mostrando su disconformidad con las condiciones en que se hubiese llevado a efecto.»

(33) Artículo 7.º del Decreto de 26 de octubre de 1956, cit.

el trabajador que ha sido injustamente despedido, cuyo despido ha sido declarado improcedente por la sentencia que pone fin al juicio de revisión del mismo, concediéndole además el derecho de opción, consiente la no readmisión sin solicitar la indemnización, o lo hace fuera de plazo, la pierde, produciéndose un enriquecimiento sin causa a favor del empresario. A nuestro juicio, esta modificación es regresiva y beneficiosa, en todo caso, al empresario. Por lo que estimamos desacertada la misma y estimamos que el riesgo que de ello deriva debe ser subsanado mediante una tutela a favor del trabajador por parte de la Administración laboral, por medio de la Inspección de Trabajo, para que sea ésta la que, en todo caso, ejercite de oficio la acción de indemnización, con lo que se evita el posible enriquecimiento injusto del empresario, criterio que en su día se aplicó para las vacaciones (34).

La determinación de los daños o perjuicios que derivan o se presumen irrogados por el ilícito civil del empresario, está atribuida al magistrado, el cual actúa dentro de unos límites (35), y de acuerdo con unos criterios (36), pero con un amplio margen de discrecionalidad que priva al empresario de la posibilidad de demostrar que de la no readmisión no deriva perjuicio alguno para el trabajador, lo cual no obsta para que el magistrado lo tenga en cuenta para fijar la indemnización, haciendo jugar los criterios legales que debe tener presentes en su resolución. De cualquier manera, nos parece excesiva la facultad de que dispone el magistrado en el incidente, por ser definitiva su resolución sobre cuestiones de una cuantía mayor que no guarda en absoluto proporción con la que le concede la ley para las reclamaciones inferiores a 10.000 pesetas, ni en las reclamaciones contra sanción (37).

(34) L. E. DE LA VILLA GIL: «Prohibición de acumular el descanso por vacaciones retribuidas en períodos anuales sucesivos», Comunicación a la Ponencia II del III Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo..., pág. 5.

(35) Artículo 212, 1.º, de la L. P. L., cit.

(36) Artículo 212, 2.º, de la L. P. L.: «Para señalar la indemnización a que se refiere el párrafo anterior se tendrá en cuenta la antigüedad del trabajador en la Empresa, sus cargas familiares y la facilidad o dificultad que tenga para encontrar colocación adecuada.»

(37) Art. 68 de la L. P. L.: «Cuando por la cuantía de la reclamación sólo quepa recurso de suplicación por quebrantamiento de formalidades procesales, el magistrado, inmediatamente de concluido el juicio, podrá formular su sentencia *in voce*.»

En este caso se hará constar en el acta del juicio el fallo que se dicte, con sus fundamentos legales, del que quedarán notificadas las partes mediante su lectura y firma.

Si alguna de las partes no hubiere comparecido se le hará la oportuna notificación del fallo recaído, en relación con el número 3 del artículo 153 del mismo Cuerpo legal: «Contra las sentencias dictadas en reclamaciones cuya cuantía no alcance 10.000 pesetas cuando tenga por objeto subsanar una falta esencial de procedimiento u omisión del intento de conciliación sindical, siempre que se haya formulado la oportuna protesta en

C) *El presupuesto de la no readmisión.*—El acto ilícito del empresario, determinante de los daños y perjuicios, consiste en la negativa del empleador a aceptar la continuidad de la relación laboral con el trabajador, cuyo despido ha sido declarado improcedente por la resolución judicial, en la que se concede al productor el derecho de opción entre la indemnización o la readmisión. Por lo tanto, no todo supuesto de extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario puede originar el acto ilícito, presupuesto del incidente, sino que ha de ser calificado improcedente por el órgano jurisdiccional, y, además, es preciso que se conceda al trabajador el derecho de opción, y que éste opte por la readmisión. Con lo dicho es fácil comprender la dependencia del acto ilícito del empresario de los tres presupuestos indicados, en los cuales la conducta del empresario, aunque libre, es interdependiente de la conducta del obrero. El empresario es libre porque puede escoger entre la continuidad o la no readmisión, pero interdependiente por cuanto esa libertad depende de que el trabajador se decida por la readmisión, pues en caso contrario deberá forzosamente indemnizarle con la suma fijada por la resolución judicial.

D) *La relatividad del incidente.*—Este nace como consecuencia del ejercicio por el trabajador de su derecho de opción entre la readmisión y la indemnización. Pero ese derecho de opción se concede, a nuestro juicio, arbitrariamente, ya que se tiene en cuenta para ello un criterio cuantitativo —el número de trabajadores fijos de la Empresa— que es arbitrario en sí mismo, puesto que nace —dice— en cuanto a la función que haya de cumplir el incidente como medio para resarcir los daños y perjuicios del productor injustamente despedido, ya que éstos se originan tanto para el obrero que contrató sus servicios con una Empresa que no alcanza los cincuenta productores fijos, como para el que lo hace con otra de más de cincuenta. Esa distinción que sirve de presupuesto para el incidente, es injusta, por cuanto concede indemnizaciones distintas para resarcir daños iguales. De ahí, pues,

---

tiempo y forma.» Y artículo 106 de la L. P. L.: «No será necesario requisito formal alguno para la imposición de sanciones distintas al despido por faltas graves y muy graves.

»El trabajador podrá impugnarlas por medio de demanda, y el magistrado, en su sentencia, las confirmará, revocará o impondrá la que considere más adecuada a la naturaleza de la falta.

»En los casos de impugnación de sanción por falta grave, derivada de la reincidencia de faltas leves por el trabajador, la realidad de éstas deberá ser objeto de prueba en el acto del juicio y apreciada en su sentencia por el magistrado.

»Contra estas sentencias no se dará recurso alguno.»

que la figura se asiente sobre un fundamento —el derecho de opción— que dado el criterio cuantitativo en que se basa, resulte arbitrario e injusto, y, a nuestro juicio, procede una revisión del mismo en forma tal que no se siga dicho criterio, sino que el derecho de opción se conceda, en todo caso, al trabajador injustamente despedido o, en su caso, se conceda al magistrado la facultad para determinarlo, fijando, además, directamente, la indemnización por la no readmisión. El derecho de opción, tal como se hallaba previsto en el artículo 81, 3.º, de la L. C. T., no tenía razón de ser, pero desde que aquél fue modificado por el Decreto de 26 de octubre de 1956, creemos, sinceramente, que resulta anacrónico, ya que no le encontramos otra justificación lógica que la de servir, en todo caso, para facultar al magistrado para fijar una indemnización más elevada —que de uno puede pasar a cuatro años—. Por lo que no vemos razón alguna para que subsista el incidente, ya que el fin para el que fue pensado puede quedar satisfecho directamente en la resolución que declara improcedente el despido, siguiendo el siguiente procedimiento:

a) El órgano jurisdiccional competente dirá en su resolución, que pone fin al juicio de revisión del despido, a quién corresponde la opción, sin tener en cuenta el criterio cuantitativo del número de trabajadores fijos de la Empresa, sino el libre arbitrio del juzgador, respetando las tres excepciones contenidas en nuestro ordenamiento jurídico: representantes de comercio (38), trabajadores que participan en un conflicto colectivo (39) y trabajadores protegidos mediante garantías especiales (40).

b) Si en la resolución judicial se concede al trabajador el derecho de opción, se fijarían en la misma las dos indemnizaciones directamente:

1.ª Una menor, para el supuesto de que el trabajador opte directamente por la indemnización (41).

---

(38) Ley 21/62, de 21 de julio, y Decreto 2.412/62, de 20 de septiembre.

(39) Artículo 103 de la L. P. L., cit.

(40) Artículo 107 de la L. P. L.: «Cuando un trabajador ostente cargo electivo de carácter sindical, enlace de la Sección Femenina de F. E. T. y de las J. O. N. S., jurado de Empresa o la cualidad de Caballero Mutilado...», en relación con el Decreto de 2 de junio de 1966, y con el artículo 21 del Decreto de 15 de julio de 1965.

(41) Artículo 81, 3.º, de la L. C. T., de 26 de enero de 1944, cit., y art. 103 de la L. P. L., cit.

2.<sup>a</sup> Otra superior (42), para el caso de que, no obstante optar el productor por continuar la relación laboral, el empresario se niegue a ello (43).

Con esta solución de *lege ferenda* se simplificaría considerablemente el problema de la revisión judicial del despido y sus efectos, y se ganaría en celeridad (44), a la vez que supondría una auténtica economía procesal.

No existe ninguna necesidad en mantener la institución, porque el fin para el que fue creada puede satisfacerlo directamente la resolución judicial que declara improcedente el despido y conceda la opción al trabajador injustamente despedido. Si el incidente tuvo una justificación política en el momento de su creación —la misma que tuviera en el año 1941 la aparición del derecho de opción (45), pero en sentido contrario, por hallarse la economía patria inspirada en esa fecha en el principio de la autarquía—, por la modificación francamente importante que se produjo en el año 1956, en cuanto con ella se permitía al empresario negarse a continuar la relación laboral, frente a la obligación establecida en el artículo 81, 3.º, de la L. C. T. de continuarla. Dicho cambio tenía como finalidad última conseguir un equilibrio político, estableciendo, a cambio de esa ventaja concedida al empresario, de poder disponer libremente el despido de sus trabajadores, con lo cual podía aligerar sus plantillas de personal, remozándolas, y haciendo más competitivas a las Empresas, en la nueva fase de liberalización del mercado; una carga económica mayor con la cual se compensará al trabajador de la pérdida de su empleo —máxime si se tiene en cuenta que en esa fecha el paro no se hallaba subsidiado en

---

(42) Artículo 212 de la L. P. L., cit.

(43) Artículo 208 del mismo Cuerpo legal, cit.

(44) M. RODRÍGUEZ-PIÑERO: «El recurso de suplicación y el problema de la unidad de instancia», Comunicación a la IV Ponencia del III Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo..., págs. 1 y 2.

(45) Ley de 6 de noviembre de 1941 (Rep. Ar. 1.975), art. 1.º: «Por el que se modifican los artículos 51 y 53 de la ley de Jurados mixtos de 27 de noviembre de 1931 (Rep. Ar. 1.550). Según el párrafo 1.º del artículo 51 en su nueva redacción: «En los juicios de despido, cuando el productor-obrero trabaje en Empresa que tenga más de cincuenta operarios fijos, si el magistrado de Trabajo declarase en el fallo que no existe causa justificada de despido, otorgará en el mismo, al trabajador, derecho de optar entre que se le readmita en igual puesto e idénticas condiciones que lo venía desempeñando, o se le indemnice en una suma que fijará el magistrado a su prudente arbitrio y que no podrá exceder del importe de un año de sueldo o jornal.»

España— (46). Equilibrio político que después se repetiría con el problema de los representantes de comercio a los cuales se les reconoce la cualidad de trabajadores por cuenta ajena, pero se les niega el derecho de opción (47).

### 3. *Justificación de la elección del tema*

Nos parece necesario justificar la elección del tema al que vamos a referirnos, habida cuenta de que la figura del «incidente de indemnización de daños y perjuicios por la no readmisión», dada su peculiar significación, como solución de compromiso con que ha sido configurada en nuestro ordenamiento jurídico-laboral por el Decreto de 26 de octubre de 1956, puede haber sido determinante de su falta de tratamiento por la doctrina científica. Tanto es así que, a nuestro juicio, el incidente puede ser calificado de institución ocasional, por cuanto ha sobrevenido, accidentalmente, como solución del compromiso, con la que se pretende restablecer el equilibrio, que rompiera el Decreto de 26 de octubre de 1956 al modificar el artículo 81, 3.º, de la ley de Contrato de trabajo de 26 de enero de 1944, y, permitir al empresario condenado a readmitir al trabajador injustamente despedido, negarse a continuar la relación laboral que le unía con aquél, atacando frontalmente el principio laboral de la estabilidad en el empleo que, como tal es inspirador del Derecho del trabajo (48), privando al obrero de su puesto de trabajo contra su voluntad y sin que concurra justa causa (49). La propia norma que rompe con el principio de continuidad de la relación laboral se ocupa de arbitrar una fórmula compensatoria, a través del incidente, en el que siempre se presumen los daños o perjuicios originados al trabajador por la conducta ilícita del empresario de negarse a continuar el nexo jurídico que le ligaba con aquél (50).

---

(46) Que no se aplicó con carácter general hasta el año 1961, por la ley 62/61, de 22 de julio.

(47) Ley 21/62, de 21 de julio, y Decreto 2.412/62, de 20 de septiembre.

(48) M. DE LA CUEVA: «La estabilidad en el empleo», en R. P. S., núm. 70 (I. E. P.), Madrid, 1966, págs. 15 y sigs.

(49) Por haber sido declarado, previamente, improcedente el despido.

(50) Indemnización, que en realidad es más que compensatoria sustitutoria, habida cuenta de que la misma no se acumula a la principal, sino que la suple, L. E. DE LA VILLA: *La formalización...*, cit., págs. 286-287; en contra, M. ALONSO OLEA: *Ejecución...*, cit., pág. 4; *Lecciones sobre contrato de trabajo* (U. M. F. D.), Madrid, 1968, página 262, y en *Derecho del trabajo* (U. M. F. D.), Madrid, 1970, pág. 251; J. RIVERO LAMAS, Op. y loc. cit.; G. BAYÓN CHACÓN: «Breve comentario al texto refundido de la ley de Procedimiento laboral», en *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, septiembre-octubre de 1958, págs. 1097 y sigs.

La modificación del artículo 81, 3.º, de la L. C. T. vigente, se ha intentado justificar, en base a que la relación laboral se halla matizada por su evidente carácter fiduciario que se asienta sobre la necesidad de la mutua confianza entre las partes del contrato de trabajo, de suerte que éste no puede continuar si falta aquélla o ha quedado debilitada. Por lo que se hace incoercible la ejecución obligatoria de la relación jurídico-laboral (51), permitiendo al empresario abstenerse de continuar la relación laboral a cambio de una indemnización de daños y perjuicios al trabajador no readmitido. Mas este argumento admite dos excepciones:

1.ª La contenida en el artículo 213 de la L. P. L. (52), relativa a los trabajadores que ingresan en la Empresa por examen, oposición o concurso-oposición.

2.ª La del despido, basado en un incumplimiento previo del trabajador (53), pero falto de los requisitos formales impuestos por la ley al empresario para declarar su voluntad unilateral de extinguir el contrato de trabajo, que la doctrina coincide en llamar «despido nulo», pero al que nosotros preferimos denominarle «despido por incumplimiento previo del trabajador y falto de los requisitos de forma».

Y, además, se contradice con el llamado principio de estabilidad en el empleo, de ahí, pues, el carácter de solución de compromiso que la figura encierra que, la define como una institución pasajera y accidental, a la vez que innecesaria, como hemos tenido ocasión de comprobar al hablar de su relatividad, sobre todo después de haber quedado consolidada por la *praxis* durante un proceso de más de catorce años. Si a ello añadimos que desde el año 1958 (54) los autos de las Magistraturas de Trabajo resolviendo los incidentes son irrecurribles, lo cual ha dado lugar a la ausencia de una doctrina legal o jurisprudencial sobre el mismo (55), fácilmente se explica la falta de tratamiento unitario de la figura por la doctrina científica (56); sin embargo, ello no quiere decir que la misma se halle huérfana de todo comentario; por el

(51) M. ALONSO OLEA: *El despido* (I. E. P.), Madrid, 1957, págs. 181 y sigs.

(52) Cit.

(53) Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1965, J. S., 10, núm. 496/65, páginas 161-164.

(54) Fecha en que se publicó el T. R. P. L. de 4 de julio del mismo año.

(55) M. ALONSO OLEA: *Ejecución...*, cit., págs. 3 y 4.

(56) Si exceptuamos el trabajo citado del profesor ALONSO OLEA: *El incidente de indemnización*, tan sólo es estudiado en la doctrina científica de pasada.



contrario se han expresado varios criterios sobre alguno de sus aspectos y sobre los cuales no existe, ciertamente, unanimidad en la doctrina, sino todo lo contrario. La circunstancia apuntada ha motivado nuestro intento de realizar un estudio monográfico sobre esta figura jurídica que, aun cuando no tiene pretensiones de ser exhaustiva, y mucho menos definitivo, aspira a servir de hito sobre el cual se construya su verdadera doctrina.

Sin embargo, no debemos silenciar nuestra opinión de que esta figura jurídica es innecesaria, por ser una verdadera ficción (57), pudiendo, por tanto, desaparecer de nuestro ordenamiento sin que por ello se origine trastorno alguno, sino más bien, creemos, ha de suceder todo lo contrario, ya que el fin para el cual fue pensada puede satisfacerse plenamente y en forma directa por la misma resolución judicial que pone término al juicio de revisión del despido. Pues, el fin «político» que debía cumplir el incidente hace años que se satisfizo, al quedar consolidada la institución por la *praxis*. Por ello, parece claro nuestro criterio de considerar a la figura jurídica como un «cuerpo jurídico» de carácter meramente accidental y transitorio que puede desaparecer en un futuro próximo: tanto si se procede a la revisión de la institución desde el punto de vista interno, procediendo a su supresión, mediante la fijación directa en la sentencia de revisión de la indemnización por la no readmisión; como si se hace, desde el punto de vista externo, en una doble consideración: de fortalecer el principio de estabilidad en el empleo, como manifestación del principio *pro operario*, o, por el contrario, se debilita aquél, hasta el extremo de suprimirlo de nuestro ordenamiento jurídico-laboral, procediendo, en consecuencia a revisar todo el sistema del despido, con el triunfo de la tesis de su libertad y del reconocimiento del derecho de huelga y el de contrahuelga o *Lock-out*.

#### 4. Delimitación terminológica

Antes de proseguir utilizando el término por nosotros elegido: «Incidente de indemnización de daños y perjuicios por la no readmisión», quizá fuera conveniente explicar las razones que nos han impulsado a escogerlo:

A) *Por su naturaleza de incidente*.—Ya que el mismo sobreviene en el curso de la extinción de la relación laboral por decisión unilateral del empresario —despido—, y guarda estrecha relación con él y, más concretamente, con el declarado improcedente por la resolución judicial, pues sólo este tipo

---

(57) M. ALONSO OLEA: *El despido*, cit., pág. 171, «... aquélla no pasa de ser una ficción, ya que, en puridad, la opción corresponde siempre al empresario...».

de despido sirve de presupuesto a la figura jurídica, con lo que, a nuestro juicio, la institución llega a perder su propia esencia o naturaleza, para convertirse en un mero instrumento auxiliar del despido, pero ni siquiera necesario, puesto que puede ser suprimido con toda facilidad, sin que por ello se resienta el instituto al que sirve, provisionalmente.

B) *Por su finalidad.*—Porque para nosotros ésta no es otra que la de solicitar del órgano jurisdiccional, que mediante un proceso de cognición (58) fije los daños y perjuicios que se le han ocasionado o se presumen irrogados al trabajador por la decisión del empresario de negarse a readmitirle —excluyendo, desde este momento, el supuesto de la readmisión irregular que, a nuestro juicio, no debe ser incluido por razones sistemáticas, como luego tendremos ocasión de ver.

C) *Razón histórica.*—El artículo 7.º, 3.º, del Decreto de 26 de octubre de 1956, por el que se creó la figura, se denominó ya «incidente de daños y perjuicios por la no readmisión» (59). La doctrina patria no ha conseguido ponerse de acuerdo en este sentido, pues, mientras algún autor (60), siguiendo la terminología legal, le denomina «incidente de daños y perjuicios por la no readmisión» que, a nuestro juicio, es el correcto, por cuanto sólo hace referencia al supuesto de la no readmisión, excluyendo el de la readmisión irregular; otro, en cambio, ha escogido el de «incidente de no readmisión» (61), que estimamos insuficiente, por no hacer referencia alguna a su finalidad, a la que sí se refiere en cambio, la adoptada por el legislador (62), pero con el inconveniente, creemos nosotros, de referirse tanto al supuesto de la no readmisión como al de la readmisión irregular. Esta terminología, por nosotros aceptada, puede pecar, y, ciertamente, peca, a simple vista, de incompleta, por no incluir al supuesto de la readmisión irregular, pero, a nuestro juicio, es la adecuada, pues, estimamos, que éste debe ser objeto de un tratamiento diferenciado.

---

(58) M. ALONSO OLEA: *Ejecución*, cit., págs. 2 y 3.

(59) Cit.

(60) M. ALONSO GARCÍA: *Curso de Derecho del trabajo*, 2.ª ed., (Edit. Ariel), Barcelona, 1967, pág. 574.

(61) M. ALONSO OLEA: *Ejecución...*, cit.

(62) Artículo 7.º, 3.º, del Decreto de 26 de octubre de 1956, cit.

## TITULO I

### Origen y evolución del incidente de indemnización de daños y perjuicios por la no readmisión

#### CAPÍTULO I

##### ORIGEN DE LA FIGURA JURÍDICA

Es cuestión pacífica en la doctrina patria que, es la única que se ha planteado el problema del origen de este «cuerpo jurídico», ya que el mismo es exclusivo de nuestro ordenamiento jurídico, sin que se conozca una institución similar a él en los demás ordenamientos que el incidente nació con el Decreto de 26 de octubre de 1956, y, más concretamente, con su artículo 7.º, 3.º (63). Ya la norma, en su exposición de motivos, había dicho: «La urgencia de unificar los diversos criterios establecidos por las Reglamentaciones laborales, en cuanto al procedimiento a seguir para sancionar las faltas cometidas en el trabajo, y, de manera especial, las que afectan a la disciplina y rendimiento, no permite esperar a que se termine la labor más ambiciosa, hoy en estudio, encaminada a reunir en unas normas generales todos los principios comunes a la materia, que en aquellos ordenamientos se contienen.» A nuestro juicio, pese a la exposición de motivos del Decreto a la que hemos hecho referencia, el propósito del legislador no era tanto el declarado como el de conceder a las Empresas, si no el despido libre, lo cual supondría, a nuestro entender, el reconocimiento del derecho a la huelga que no admitía nuestro ordenamiento jurídico-político, sí una menor rigidez en los requisitos formales para proceder a despedir a los trabajadores. Pero la reforma de 1956 no terminaba en la revisión o modificación formal que, al decir de algún autor (64), no sólo no perjudicó al trabajador sino que favoreció tanto al trabajador como al empresario —criterio con el que disentimos, totalmente, por cuanto representaba una mayor garantía para el trabajador y un freno a la decisión del empresario de proceder a despedir a sus trabajadores; garantía que desea el obrero como lo prueba el hecho de que los trabajadores con cargo de origen sindical, necesitados de una protección más cualificada que

---

(63) «..., iniciará un incidente de ejecución de sentencia, que se denominará de "indemnización de daños y perjuicios por la no readmisión".»

(64) J. A. CARRO IGELMO: *El despido justo* (Edit. Bosch), Barcelona, 1957, páginas 50 y 51.

los obreros ordinarios, disfrutaban en la actualidad de aquéllas (65)—. También afectó la reforma de 1956 al aspecto material o de fondo del despido al modificar el artículo 81, 3.º, de la L. C. T., permitiendo a los empresarios condenados a readmitir al trabajador injustamente despedido, cuando la resolución judicial le concede la opción entre la indemnización o la readmisión y éste opta por continuar la relación laboral que le une con el empresario, a negarse a mantener el nexo que les liga, abonando a cambio al trabajador una indemnización por los presuntos perjuicios que se le irrogan con la conducta ilícita del empresario.

La reforma introducida en el régimen jurídico del despido por el Decreto de 26 de octubre de 1956 supuso, evidentemente, una modificación del artículo 81, 3.º, de la L. C. T., que, dado el rango inferior de la norma modificadora, era ilegal, pero que quedó subsanada con el T. R. P. L. de 4 de julio de 1958, del mismo rango legal que la ley de 26 de enero de 1944, a la vez que una revisión del sistema formal del despido, configurado a través de las diversas Reglamentaciones laborales (66) y de la Orden de 23 de abril de 1947 (67). Mas, en realidad, tal reforma de 1956 no halla su fundamento, a nuestro juicio, en lo que dice la exposición de motivos del Decreto de 26 de octubre de 1956 (68), sino en la decisión política de revisar el sistema de salarios, medida que se había decidido con el Decreto de 8 de junio del mismo año (69). De una política restrictiva en cuanto a los aumentos de los salarios, cuya determinación se reservó el Estado en el Fuero del Trabajo (70), delegándola en el Ministerio de Trabajo por medio de la ley de

---

(65) Decreto 1.384/1966, de 2 de junio, sobre garantías de los trabajadores que desempeñan cargos electivos sindicales, a cuya revisión se está procediendo en la actualidad.

(66) C. DEL PESO Y CALVO: *Legislación laboral básica*, 9.ª ed. (J. Suárez), Madrid, 1968, págs. 269-270; J. M. ALMANSA PASTOR: *El despido nulo* (Edit. Tecnos), Madrid, 1968, págs. 16-19.

(67) (B. O. E. núm. 115, de 25 de abril de 1947), 1.º: «Cuando un productor formule demanda de despido, y de las actuaciones aparezca comprobado, en cualquier trámite del juicio, que la Empresa demandada adoptó su resolución, por suspensión o cese de sus actividades, sin cumplir el requisito previo de obtener la autorización adecuada de la Dirección General de Trabajo o de la Delegación Provincial de Trabajo, en su caso, se declarará que el despido es nulo; haciéndose de oficio esta declaración.»

(68) Cit.

(69) (B. O. E. de 15 de julio, número 197) y Rep. Ar. 1.047.

(70) Declaración III-4: «El Estado fijará las bases para la reglamentación del trabajo, con sujeción a las cuales se establecerán las relaciones entre los trabajadores y las Empresas».

Reglamentaciones de trabajo (71), se quiso pasar, en el año 1956, a un sistema de mayor flexibilidad, permitiendo a las Empresas decidir ellas mismas incrementos salariales a condición de que los mismos beneficiasen a todos los trabajadores de su plantilla, para evitar posibles discriminaciones, que encubrieran verdaderos abusos por parte de las Empresas (72); sin embargo, esta medida de política social no fue una decisión autónoma por parte del Gobierno, sino que vino determinada por el giro que en ese mismo año se operó en la política económica del país que de un sistema de autarquía pasaba a un sistema de liberalización a impulso de los acuerdos de 1953 con los Estados Unidos. Decimos, pues, que el cambio en el sistema económico originó una notable modificación en la política salarial del país, pero, a nuestro juicio, la revisión del sistema salarial no podía quedar en una simple medida de política social tendente a beneficiar la situación laboral del trabajador español, sino que tenía que conceder en compensación, al empresario, unas mayores posibilidades de aligerar sus plantillas de personal para hacer a las Empresas más competitivas frente al mercado internacional, arbi-trándose por el Decreto de 26 de octubre de 1956 una solución de compromiso (73). Todo argumento que se utilice para justificar la reforma del Decreto de 26 de octubre de 1956 que no sea el expuesto, lo único que pretende es ocultar la realidad y, por lo mismo, no es auténtico, como no lo es, a nuestro juicio, el que figura en la exposición de motivos del propio Decreto (74).

Además de no ser cierto el fundamento declarado por la exposición de motivos, éste tampoco se alcanza con el texto, ya que en él se mantuvo alguna de las excepciones formales sobre el despido anteriores a la fecha de

---

(71) Ley de 16 de octubre de 1942, artículo 1.º: «Toda materia relacionada con la reglamentación del trabajo, entendida ésta como regulación sistemática de las condiciones mínimas a que han de ajustarse las relaciones laborales concertadas entre los empresarios y su personal en las distintas ramas y actividades, será función privativa del Estado».

(72) La retribución diferenciada puede servir de medio discriminatorio utilizado libremente por las Empresas, para favorecer a unos y perjudicar a otros trabajadores de las mismas.

(73) Facultando al empresario para negarse a reanudar la relación laboral, pese al interés del trabajador en continuarla, a cambio de una supuesta elevación de la indemnización fijada en el juicio de revisión del despido.

(74) «Unificar los diversos criterios establecidos por las Reglamentaciones laborales, en cuanto al procedimiento a seguir para sancionar las faltas cometidas en el trabajo.»

su publicación (75), e, incluso, se incorporó una nueva (76). El contenido del Decreto de 26 de octubre de 1956 vino, en esencia, a modificar la regulación del despido ordenada por la L. C. T. (77), derogando también el sistema formal previsto en varias de las Reglamentaciones de trabajo, al disponer en su artículo 2.º, «que todas las Empresas quedan facultadas para imponer a sus trabajadores la sanción disciplinaria de despido sin necesidad de instruir expediente ni elevar propuesta a la Magistratura de Trabajo», mientras que aquéllas exigían el trámite de instrucción de un expediente previo por la Empresa, y en gran número de ellas no podían imponerlo por sí mismas, sino que debían proponerlo a la Magistratura (78).

Se había, pues, establecido el sistema del despido propuesto en numerosas Reglamentaciones, identificando el *despido común* con el *despido especial* (79). Si bien las garantías de los despidos comunes no se habían generalizado para todos los trabajadores, sino sólo para los comprendidos dentro del ámbito personal de las Reglamentaciones que lo habían establecido, suponiendo una auténtica limitación de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes en pro de un interés superior, el de la continuidad de la relación laboral, que inspiró como principio el ordenamiento jurídico-laboral.

El diferente sistema de formalización del que era objeto el despido en nuestro país —con independencia de su valoración jurídico-social—, era consecuencia, como advierte el profesor Almansa (80), del silencio de la ley de Contrato de trabajo de 26 de enero de 1944, heredada de su antecesora, la

(75) Artículo 14: «Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo preceptuado en este Decreto, a excepción de las que actualmente rigen, que continuaran en vigor sobre:

Uno. Caballeros mutilados.

Dos. Productores que desempeñan cargos electivos de carácter sindical.

Tres. Vocales de los Jurados de Empresa; y

Cuatro. Enlaces de la Sección Femenina de Falange Española Tradicionalista y de las JONS...»

(76) Artículo 12: «En todos los casos en que por sentencia firme se declare improcedente el despido de alguno de aquellos productores que desempeñen destinos para los que sea preciso ingresar al servicio de las Empresas por oposición o concurso-oposición, conforme a los Reglamentos o Estatutos particulares de aquéllas, y los interesados opten por la readmisión, será ésta obligada para las Empresas, sin que proceda la indemnización de daños y perjuicios».

(77) Artículo 81, 3.º, cit.

(78) J. M. ALMANSA PASTOR, Op. y loc. cit.

(79) A. MONTOYA MELGAR: *La representación sindical en la Empresa* (Inst. García Oviedo). Sevilla, 1968, pág. 115; concepto más amplio de despido especial es el facilitado por L. E. DE LA VILLA GIL: *La formalización...*, cit., págs. 290-291.

(80) Op. cit., págs. 59-62.

ley de 21 de noviembre de 1931, sin que la ley de 6 de noviembre de 1941, que modificara el artículo 51 de la ley de Jurados mixtos de 27 de noviembre de 1931, resolviera tampoco el problema de la formalidad del despido (81). Las consecuencias jurídicas, de esa ausencia, fueron:

a) La declaración de nulidad de los despidos comunes cuando no se observaban las formalidades exigidas por las Reglamentaciones de trabajo (82).

b) La indefensión del trabajador en el despido común cuando el régimen jurídico aplicable a la rama de producción a la que se hallaba vinculado el trabajador no imponía ningún requisito formal al empresario para proceder a despedirles (83); situación que, hoy, se da en el régimen disciplinario-laboral, ya que, según el artículo 106 de la L. P. L. (84), para sancionar al trabajador el empresario no ha de cumplir requisito formal alguno.

Este estado de cosas se resolvió, como siempre, mediante una solución de compromiso (85), como la incorporada en nuestro derecho positivo por el Decreto de 26 de octubre de 1956, en el que pese a su exposición de motivos, no se perseguía como finalidad última la de unificar los distintos sistemas de formalización del despido, sino la de conceder al empresariado una fórmula directa de extinción del contrato de trabajo por su decisión unilateral (86), aun cuando se sometiera la misma a un control judicial posterior, a los puros efectos de la posible fijación de la indemnización de daños y perjuicios, ya que no invalida la decisión tomada por el empresario de despedir al trabajador, cuya declaración de voluntad no puede ser revocada por el juzgador; el juicio

---

(81) (B. O. E. del 20 de noviembre) y Rep. Ar. 1.975.

(82) Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1944 y 18 de abril del mismo año, así como la Orden ministerial de 23 de abril de 1947, 3.º: «En aquellos casos en los que las Reglamentaciones Nacionales del Trabajo dispongan que el despido sólo puede acordarlo la Magistratura, y que, contraviniendo tales preceptos, las Empresas despidan a sus trabajadores, estas resoluciones se tendrán por nulas, si el trabajador presenta demanda de despido, y en las actuaciones aparecen comprobados aquellos extremos».

(83) Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1952.

(84) «No será necesario requisito formal alguno para la imposición de sanciones distintas al despido por faltas graves y muy graves.»

(85) M. RODRÍGUEZ-PIÑERO: «El régimen jurídico del despido (II); Leyes de Contrato de Trabajo y de jurados mixtos», en R. P. S. (I. E. P.), núm. 77, Madrid, 1968, páginas 16-17.

(86) M. ALONSO OLEA: *El despido...*, cit., págs. 170-173.

de control sobre el despido no sirve sino para determinar si la decisión del empresario es o no lícita para fijar en el segundo supuesto la indemnización de los presuntos daños y perjuicios irrogados al trabajador dentro de un amplio margen de discrecionalidad que la ley concede al magistrado (87). Esa solución de compromiso introducida en la ordenación del despido, al pretender conceder al empresario una mayor flexibilidad en la decisión de despedir a sus trabajadores, indirectamente, originó el tratamiento unitario en la formalización de los despidos comunes, lo cual supone una cierta ventaja formal, pero no consiguió una absoluta unificación en cuanto al método a seguir en el despido de los trabajadores —lo cual no debe extrañarnos si pensamos la variedad de situaciones personales que se dan en los destinos especiales que merecen un tratamiento diferenciado (88)—.

Con la reforma del año 1956 se consolida ya en nuestro ordenamiento la figura del despido nulo, que introdujera la doctrina jurisprudencial (89) y, posteriormente, la Orden ministerial de 23 de abril de 1947 (90), pasando más tarde al T. R. P. L. de 4 de julio de 1958 (91) que constituye una excepción al régimen jurídico del despido, en cuanto que no se le concede validez a la decisión del empresario de extinguir la relación laboral que le unía con el

---

(87) Artículo 103 de la L. P. L.: «...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...».

(88) L. E. DE LA VILLA GIL, op. cit., pág. 290: «En un sentido muy amplio, por despido especial hay que entender todo aquel que difiere de alguna manera del común; pero, en sentido más estricto, bajo despido especial se incluyen los supuestos que merecen un trato de favor por parte del legislador frente a los supuestos de despido común». Y nuestro trabajo: «La estabilidad en el empleo de los consejeros representantes del personal», de próxima publicación.

(89) Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1944, Ar. 137: «..., y visto que en el caso y al haber procedido la demandada recurrente como procedió, acordando por sí el despido del actor, infringió abiertamente el citado precepto, incidiendo en extralimitación al atribuirse capacidad para acto respectivo para el cual no la tiene, motivo notorio de nulidad bien declarada por lo mismo en la sentencia de que recurre». Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1944, Ar. 478: «..., ya que lo que se sostiene en la sentencia recurrida, con indiscutible acierto, es el que se establece en dicha Reglamentación, no observado con respecto al demandante, por lo que se declaró nulo tal despido y, en su consecuencia, con derecho a seguir el actor ocupando su puesto, sin que al hacerlo así haya sufrido infracción el artículo 54 de la Reglamentación citada, la sentencia recurrida, sino que la ha aplicado rectamente, debiendo por ello desestimarse el primer motivo del recurso».

(90) Cit.

(91) Artículo 98, 2.º: «Cuando no se acredite el cumplimiento por la Empresa del requisito formal a que se refiere el artículo 93 del presente Decreto, declarará de oficio nulo el despido».



trabajador, sin que por el órgano jurisdiccional se pueda fijar la indemnización de daños y perjuicios a favor del obrero, sino que, por el contrario, debe condenar a aquél a que reanude las relaciones con éste. Otra excepción al régimen general, consolidado por el mismo Decreto de 26 de octubre de 1956, es la de los trabajadores que ingresan en la Empresa por oposición o concurso-oposición (92).

Pero la supuesta ventaja formal de la solución de compromiso, introducida en nuestro ordenamiento jurídico-laboral por la norma citada, tenía que implicar, forzosamente, dada su naturaleza de solución de compromiso, alguna desventaja para el trabajador, y ésta consistió en una menor protección para éste y en un evidente sacrificio del principio de estabilidad en el empleo, rompiéndose el equilibrio entre los principios de fiduciaridad y de estabilidad a favor del primero, privando a los trabajadores de los beneficios que les otorgaba la solución del artículo 81, 3.º, de la L. C. T. de 26 de enero de 1944, según la modificación del artículo 51 de la ley de Jurados mixtos de 27 de noviembre de 1931 (93), cuando la opción entre la indemnización y la readmisión se le concede al productor y por los establecidos en la Orden ministerial de 23 de abril de 1947 (94), sufriendo por ello un duro golpe el principio de continuidad de la relación laboral y, en consecuencia, el principio *pro operario* del que aquél es una manifestación, sin que, a nuestro juicio, sea bastante la compensación económica que debe abonar el empresario por su negativa a readmitir al trabajador que puede ser igual a la fijada en la resolución que puso fin al juicio de revisión o, mejor, de control del despido —sin embargo, tal solución no ha de extrañarnos si tenemos en cuenta cuál fue el propósito del legislador, al que ya nos hemos referido—.

JOSÉ JULIAS TOVILLAS ZORZANO

---

(92) Artículo 213 de la L. P. L., cit.

(93) Por la ley de 6 de noviembre de 1941, cit.

(94) Artículos 3.º y 1.º, cit.



### LAS CONCLUSIONES DEL CONGRESO NACIONAL DEL MUTUALISMO LABORAL

Es un fenómeno consabido el de la extraordinaria movilidad del Derecho positivo de Seguridad Social, la falta de «seguridad» —en el sentido de estabilidad o permanencia— del complejo legislativo de la Seguridad Social. Es un derecho cambiante como la vida misma, a la que afecta esencialmente —a la vida del hombre— tanto en un sentido puramente somático como en otros aspectos de más rico y trascendente significado, entroncando con las posibilidades de realización personal, social y política.

No debe escandalizarnos demasiado, previa la reflexión que antecede, el hecho de que apenas tres años después de la vigencia de la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966, y mucho antes de que sus preceptos alcancen la plena y efectiva aplicación conjunta, se formule a través del propio Ministerio de Trabajo y de una de las más importantes organizaciones de gestión de la Seguridad Social —el Mutualismo Laboral— un catálogo de aspiraciones que, sin ambages, postula un giro copernicano respecto a alguno de los principios fundamentales que informan el actual sistema.

Para nosotros, el cambio de rumbo de la Seguridad Social española respecto al sistema de prestaciones de vejez y supervivencia, implantado por las Mutualidades Laborales y vigente desde 1946 hasta 1963, se produjo no por la ley de Bases de 28 de diciembre de 1963, sino por una vía legal mucho más modesta, la del Decreto de 17 de enero del mismo año, que introdujo el mecanismo de las tarifas de cotización-prestaciones desvinculando estos conceptos de los salarios realmente percibidos. Hasta el Decreto de Tarifas, la Seguridad Social aspiraba a establecer una relación entre la situación socio-económica del asegurado en activo —estimada en el módulo del salario real— y su situación como beneficiario pasivo, concretada en una prestación económica que tendía a la mayor aproximación con el salario real y siempre estaba en relación con el mismo. A partir del Decreto de Tarifas, el mecanismo que en él se arbitra, y que la Ley de Seguridad Social

incorporará a sus directrices básicas, consagra el divorcio entre el salario real y el salario regulador de prestaciones. Ha de verse en la lucha entre estos dos criterios (el «viejo» del Mutualismo Laboral y el «moderno» de la Ley de Seguridad Social) la dialéctica esencial del confesado revisionismo de las conclusiones que glosamos.

Pese al carácter superficial del presente estudio, nos detendremos con relativa morosidad sobre este tema crucial.

Percindiendo de antecedentes remotos para el estudio de este problema, y ciñéndonos a nuestro más reciente Derecho positivo, podemos partir de estas referencias:

— 1947/1957.—El concepto de salario-base de cotización trató de identificarse con el salario realmente percibido. Existían, no obstante, algunas desviaciones en el sentido de exonerar de la obligación de cotizar por determinados emolumentos, y el casi generalizado fraude de eludir la declaración de cantidades que, sin duda alguna, entraban en el concepto de salario cotizable.

— 1957/1962.—El concepto de salario-base de cotización, en virtud del complejo legal instaurado para la promoción de los convenios colectivos, se fue distanciando gravemente del concepto de salario real, hasta el punto de que, a finales de 1962 podría establecerse la proporción de 1:3 entre ambos valores. La acción «reparadora» de la Seguridad Social había llegado a extremos lamentables de ineficacia.

— 1963.—El establecimiento del sistema de tarifas supuso en el momento de su implantación un reajuste del salario regulador de cotización-prestaciones de enorme contenido social, ya que benefició inmediatamente a todos los trabajadores infra-cotizantes e infra-salariados al disponer que el salario mínimo de cotización fuese el salario mínimo obligatorio. Como solución de emergencia, la eficacia del sistema de tarifas fue indudable. Como sistema definitivo y como concepción del nivel de cobertura de la Seguridad Social ya resulta en extremo discutible, aun en el caso de que fuesen más realistas las revisiones previstas en la escala.

El hecho de que, en la práctica, el legislador haya renunciado a los presupuestos mínimos para que el sistema de tarifas fuese coherente (la actualización de sus niveles de acuerdo con salarios reales de las categorías a que se refiere) nos releva de desarrollar apreciaciones críticas. Basta glosar la dinámica observada en las tarifas para que aflore espontáneamente la misma reflexión que a finales del año 1962. *No se puede continuar así.*

## EVOLUCION DE LAS TARIFAS DE COTIZACION A LA SEGURIDAD SOCIAL

E S C A L A	Decreto	Decreto	Aumento	Decreto	Aumento	Decreto	Aumento	Decreto	Aumento	Decreto	Aumento
	17-I-1963	10-IX 1966	sobre 1963	21-IX-1967	sobre 1963	16-VIII-1968	sobre 1963	21-III-1970	sobre 1963	25-III-1971	sobre 1963
	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
	Tarifa	Tarifa	Por 100	Tarifa	Por 100	Tarifa	Por 100	Tarifa	Por 100	Tarifa	Por 100
1. Ingenieros y Licenciados....	5.600	5.670	1,3	5.970	6,6	6.330	13,3	6.630	18,4	7.500	33,9
2. Peritos y Ayudantes.....	4.700	4.770	1,5	5.070	7,9	5.370	14,2	5.670	20,6	6.420	36,6
3. Jefes administrativos.....	3.900	3.960	1,5	4.620	9,2	4.530	16,1	4.830	23,8	5.460	40,0
4. Ayudantes no titulados.....	3.400	3.420	0,6	3.720	9,4	3.960	16,5	4.260	25,2	4.830	42,0
5. Oficiales administrativos....	2.800	3.150	12,5	3.450	23,2	3.660	30,7	3.960	41,4	4.470	59,6
6. Subalternos.....	2.000	2.610	30,5	2.880	44,0	3.060	53,0	3.600	80,0	4.080	104,0
7. Auxiliares administrativos...	1.800	2.520	40,0	2.880	60,0	3.060	70,0	3.600	100,0	4.080	126,7

Vemos que la timidez —posiblemente ineludible por circunstancias macroeconómicas o de otra índole— con que se han elevado las tarifas máximas de cotización, en contraste con el imperativo legal de la ecuación tarifa mínima cotizabile-salario mínimo obligatorio ha originado que la diferencia entre la mínima prestación normal y la máxima que había sido de 1:3,3 inicialmente, no llegue a alcanzar la proporción de 1:2, y que en el corto espacio de seis años, mientras la tarifa mínima se ha elevado en un 126 por 100 sobre la inicial, la máxima sólo ha experimentado un aumento del 33,9, lo cual hace pensar que al contrario de lo que aconsejen la doctrina y la realidad legislativa mundiales, vamos cayendo en nuestra patria en un sistema de Seguridad Social de carácter *asistencial*, de garantía de *mínimos vitales uniformes*, en lugar de garantizar concretos niveles de vida individualizados en función del salario alcanzado por el causante de la prestación. Despreciamos al hombre en su concreta circunstancia personal para referirnos a un hombre abstracto de necesidades mínimas promediadas. Y aun cuando teóricamente pudiera sustentarse esta posición (fue la del primitivo «Plan Beveridge») también nos fallaría en la práctica en nuestro ordenamiento positivo debido a la enorme distancia que existe entre los salarios de tarifa y los reales, que afecta incluso a la base de partida si se repara que también hay distancia apreciable entre el salario mínimo obligatorio (salario mínimo de cotización) y el salario real que alcanzan los trabajadores de ínfima categoría laboral.

La solución ideal es indiscutible y la doctrina está plenamente acorde —salvo las naturales excepciones de algunos teóricos del capitalismo neoliberal— en que la Seguridad Social debe garantizar niveles de vida individualizados, que es, en función operativa, igual que decir que el salario regulador de prestaciones sea el salario realmente percibido y que la cotización a la Seguridad Social se realice en relación con los salarios reales. Podríamos, pues, en una primera aproximación afirmar que la cotización debe ser realizada sobre los salarios realmente percibidos. Es decir, debiera generalizarse el criterio que siempre se ha seguido y que todavía hoy se mantiene en el Seguro de Accidentes de Trabajo.

Pero para llegar en el momento actual, sin más, a que sea realidad el concepto enunciado, existen enormes dificultades.

a) De orden administrativo o técnico-jurídico. Estas han de ser consideradas, pese a su mayor o menor entidad, como técnicamente superables. La fijación, en Derecho positivo, de la base de cotización que habría de identificarse a tales efectos como salario real, no puede estimarse de ningún modo como obstáculo invencible.

b) Derivadas de la capacidad económica de nuestros asalariados y nuestro empresariado, o más bien derivadas de las características de la economía nacional.

Desconocemos los verdaderos términos en que ha de medirse esta dificultad, si es que existe, ya que —teóricamente es lícito pensarlo— si no existiera el brusco traumatismo del «tirón» que supone y no reviste caracteres catastróficos o seriamente dañinos al bien común, debiera llegarse cuanto antes a «la nueva cotización».

El fracaso del sistema de mejoras es indudable. Al fallar su presupuesto lógico imprescindible (una Seguridad Social básica suficiente) las mejoras, en los contados casos en que se han establecido, no han hecho más que paliar la insuficiencia de la Seguridad Social básica de privilegiados sectores. Teóricamente, el ideal a este respecto sería, no el de que las mejoras no existiesen, sino que el que no existiese cortapisa ni regulación alguna respecto a la forma en que las Empresas y trabajadores quisieran establecerlas... sobre el nivel suficiente garantizado por la Seguridad Social generalizada. Es significativo que la preocupación por las mejoras nazca siempre cuando la Seguridad Social básica renuncia a niveles de cobertura idóneos.

En la experiencia de nuestro sistema de mejoras hay, sin embargo, un aspecto aprovechable y es que, seriamente pretendidas, se han canalizado siempre en los sectores más solventes *hacia la cotización por salarios reales*, supliendo por esta vía lo que debiera haber garantizado la Seguridad Social básica. Ejemplos concretos, los de Artes Gráficas, Confección Madrid, etc. Claro está que, por las propias exigencias administrativas del sistema de mejoras, los salarios de cotización se han establecido casi siempre no sobre salarios reales sino sobre salarios convenio, lo cual ya significa un notable avance hacia un racional entendimiento del nivel de cobertura.

Por otra parte, la tolerancia con que se han contemplado las continuas infracciones de la regulación legal de las mejoras e incluso las infracciones perpetradas directamente por el Ministerio en algunas de sus disposiciones, han originado la «consolidación» de los grupos privilegiados en su Seguridad Social suficiente y el distanciamiento de ese nivel de suficiencia de la masa general de asegurados, con lo cual el contenido social del régimen de mejoras es prácticamente nulo y su carácter regresivo indudable. También en este aspecto podemos decir que estamos igual que en 1962 y que no se debe continuar así.

El clamor de los asegurados, el clamor de los trabajadores españoles hacia la identificación del salario real y el regulador de prestaciones es unánime y es natural también que cada vez se vaya sintiendo con más fuerza, ya que

las «oleadas» del colectivo afectado van accediendo inexorablemente a las edades de jubilación inminente y experimentan en su propia carne el dramático fallo del sistema. Existe también el soterrado clamor de los derechohabientes de fallecidos, de las viudas y huérfanos con prestaciones irrisorias si se relacionan con los niveles de salario a que habían llegado en su economía familiar. Y para hacer más desagradable y ominosa la situación, «se juega» con los vocablos y los porcentajes, las pensiones se dice que alcanzan el 100 por 100 de la tarifa (y, efectivamente, la alcanzan), pero no se dice que el 100 por 100 de la tarifa es, en muchos casos, el 25 por 100 del salario real.

Los trabajadores piden con vehemencia creciente que el salario real sea el salario regulador de prestaciones, y *saben* que el pedir esto es admitir que el salario de cotización sea el salario real. Esta opinión general es indiscutible y una política realista no puede desconocerla si no quiere desacreditarse socialmente. Hay que llevar —y es tarea urgente— ese criterio a la legislación positiva, lo cual, si se nos apura, no ocasionaría de inmediato «crac» alguno. Sería —en principio— una cuestión de adecuación terminológica y financiera a bases realistas, aun cuando la carga impositiva actual de Seguridad Social se mantuviese incólume de momento en espera de circunstancias propicias para adaptarla a las necesidades reales o de suplir las fuentes de financiación si éstas no pueden canalizarse por el conducto ordinario y tradicional en nuestra patria de cotizaciones sobre los salarios.

Cabría establecer, en cualquier momento, el concepto convencional de salario de cotización adecuado a los salarios reales, determinar el concepto de salario regulador de prestaciones sobre la misma base de cotización y fijar técnicamente el tipo de cotización necesario para que el impacto recaudatorio fuese igual que el de ahora en su consideración global y total. Este porcentaje sería sensiblemente inferior al 52 por 100 actual. Hasta aquí la mutación aparece posible e incluso «simpática». Lo desagradable sería el establecer los porcentajes reales sobre el salario real que afectarían a las prestaciones sustitutivas del salario para lograr una *relación real* entre la situación activa y la pasiva, que permitiese en el futuro el reajuste del sistema hacia niveles superiores. Tendríamos, poniendo por ejemplo la pensión de vejez, que la cotización y las prestaciones se determinarían en relación con el salario real, pero la pensión que se alcanzaría a los sesenta y cinco años sería la del 30, 40 ó 50 por 100 de aquel salario.

El esquema teórico que hemos enunciado como un posible primer paso psicológico y práctico hacia una mentalidad de cotización-prestaciones en función de salarios reales, es también teóricamente alcanzable, como antes apuntamos, sin gravar en mayor medida que ahora la «imposición» de Seguridad Social. Lo ideal sería hacerlo coincidir con una consideración del nivel de



prestaciones adecuada a la finalidad de las mismas, es decir, establecer el porcentaje de prestaciones sobre el salario real sin más distancia respecto a éste que la mínima acostumbrada en el Derecho comparado de Seguridad Social (aun cuando este distanciamiento mínimo está en trance de revisión y ya no se repugna la idea de prestaciones de jubilación del 100 por 100 del salario real últimamente percibido o computado de acuerdo con las normas que lo determinen: último mes, último año, últimos dos años dos entre cinco últimos, etc.). Por supuesto que en el fondo estamos planteando el problema en los términos económicos que sería estúpido eludir. Y sería bueno recordar, en esta ocasión, la ya clásica frase de Beveridge: Establecida la cuantía racionalmente óptima de la prestación de Seguridad Social, el problema no debe plantearse en torno a si es posible o no el otorgarla: hay que partir de que hay que otorgarla *a fortiori*, y el problema es determinar de dónde y cómo se obtienen los recursos necesarios. Ignoramos la masa de miles de millones que sería preciso movilizar para llegar a una Seguridad Social como la que se propugna, digna de tal nombre. Pero debemos indicar que lo que se propugna es ni más ni menos —conviene recordarlo constantemente— que lo que el Mutualismo laboral logró y puso en práctica en sus primeros años de vida.

El ministro de Trabajo está refiriéndose constantemente a una política social *humana*, a una búsqueda del hombre concreto, portavoz de valores eternos y con inalienable derecho a ser individualizado y considerado en su propia específica e intransferible realidad. Está claro que la Seguridad Social no encuentra a ese hombre concreto —ya lo hemos dicho— en las tarifas convencionales que clavan la misma etiqueta de nivel de vida pasiva a millones de españoles, todos ellos completamente distintos, con su propia vida, su propio entendimiento del mundo, su propia constitución económica y familiar. Idealmente, cada asegurado es su propio módulo a efectos de medición y consideración por la Seguridad Social, y éste, en la mecánica operativa de los seguros sociales y con el máximo respeto a la personalidad humana, hay que identificarlo con el nivel de vida alcanzado a través del salario; en una palabra, con *su* salario real.

El ministro de Trabajo lo ha repetido en varias manifestaciones públicas: dos problemas fundamentales de la Seguridad Social española hay que resolver con carácter perentorio: son el de la insuficiencia inicial de las prestaciones y el de su revalorización sucesiva para compensar la devaluación monetaria o pérdida del valor adquisitivo.

Descubrimos el Mediterráneo conscientemente al recordar cómo la política de Seguridad Social está fuertemente condicionada con el tono y la altura que mantengan la política social total (de la que la Seguridad Social es una

parte y no de las menos importantes) y, muy especialmente, la política social fiscal, la planificación presupuestaria, los criterios básicos imperantes sobre redistribución de riqueza, promoción social y una serie de valores íntimamente conjugados. Por todos es sabido que la Seguridad Social española se debate angustiosamente desde siempre en su «autarquía» financiera, pugna angustiosamente desde siempre por una contribución estatal directa, presupuestaria o fiscal, a los enormes gastos que supone. Si el barco de la Seguridad Social de cuyo timón se encarga el Ministerio de Trabajo naufraga, resulta absurdo el contemplar su hundimiento con psicología de «espectadores» desde los demás Ministerios, los Sindicatos, la Banca, la Sociedad toda. Si la Seguridad Social se hunde, es la nación entera la que se hunde. Es la nación entera, en consecuencia, la que ha de asumir la responsabilidad de garantizar la Seguridad Social *posible*, y esto no es más que una divagación sobre el presupuesto inexcusable de una Seguridad Social de nivel actual: la solidaridad nacional. Hay que instrumentar desde los mecanismos de decisión más elevados esta solidaridad nacional que sería ilusorio, por desgracia, el pensar que podría llegarse a ella espontáneamente (recordemos las viejas palabras de Paul Pic de que los seguros sociales o son obligatorios o no son nada, o las modernas e irónicas del profesor Erhard de que la política social moderna es la política de la mano metida en el bolsillo del otro). Creemos que la solución total y coherente del problema que nos ocupa no podrá lograrse si no es con un amplio replanteamiento de las fuentes de financiación de la Seguridad Social.

Hay, en el aspecto actuarial de la mutación del sistema, a la que inexcusablemente debe llegarse, un efecto recaudatorio favorable y un tanto encubierto que hizo posible, quizá, el éxito del mutualismo laboral y la persistencia de su elevado nivel de prestaciones en sus primeros años. Así, como ahora, con las tarifas, las prestaciones y la cotización se calculan sobre salarios «petrificados» de la misma cuantía, una cotización dinámica sobre salarios reales (sea cualquiera que sea la concreción de este concepto incluso partiendo de que se identificase con salarios convenio) hace que el salario que está sirviendo de base para cotizar sea siempre mayor que el que está sirviendo de base para las prestaciones; quizá pudiera partirse de este resultado para calcular la cuota de revalorización «embozada» en el sistema general que en su día se implante.

\* \* \*

Si bien en el programa del Congreso se distribuyó la materia a considerar en tres temas o ponencias, se advierte inequívocamente que el objetivo princi-

pal era el de concretar en la ponencia I, «Estructura y perfeccionamiento del régimen de pensiones», las líneas básicas del cambio de sistema, claramente inspirado el que se postula en las conclusiones en el que estuvo vigente en las «viejas» Mutualidades laborales, y que tuvo su expresión legislativa en el Reglamento General del Mutualismo Laboral de 10 de septiembre de 1954. Así, se vuelve a la antigua terminología: pensión «de Jubilación» en lugar de pensión «de Vejez»; jubilación posible desde los sesenta años, en lugar de los sesenta y cinco establecidos en la ley vigente; pensiones en caso de incapacidad cualquiera que sea su grado, en lugar de las reservadas exclusivamente a invalidez absoluta; pensiones de viudedad a mujeres del causante menores de cuarenta años, aun cuando no tenga hijos; y —repetimos que es el cambio decisivo— se adopta el sistema de cotización y de prestaciones sobre los salarios realmente percibidos, recusando el sistema de tarifas. Como fórmula para evitar posibles fraudes se patrocina en la conclusión tercera, 1, la que contenía el artículo 33 del Reglamento General del Mutualismo.

Queda un tanto difuminado en las conclusiones del Congreso el problema fundamental —al que ya hemos aludido— que habría de resolverse en caso de que aquellas llegasen a obtener sanción legal: el de los recursos económicos necesarios para hacer frente al impresionante *crescendo* del nivel de prestaciones a que se aspira con la ley de Pensiones proyectada; aparte de las pretensiones de mayor rentabilidad que se formulan en las conclusiones de la ponencia II (Inversiones del Mutualismo Laboral), es obvio que ni el más saneado y racional régimen de inversiones constituiría un factor sustantivo para las finanzas del sistema. Mucho más efectiva sería, naturalmente, la aportación estatal que llega a cifrarse en su fase óptima al tercio del coste de la Seguridad Social en la conclusión tercera, 3.3.2. Pero nos atrevemos a opinar que tal aportación se nos muestra ilusoria si no llega a realizarse una profunda reforma fiscal abiertamente inspirada en criterios «sociales».

La ponencia III, sobre «Estructura y organización del Mutualismo laboral», tomando como soporte la constitución del aparato legal necesario para instrumentar el nuevo Régimen de Pensiones a que se aspira, contiene una formulación de objetivos, algunos de los cuales podría considerarse congruente incluso al margen del criterio revisionista de prestaciones. Se pretende, explícitamente, una *institucionalización* del Mutualismo laboral.

El Mutualismo laboral, concebido como una realidad diferenciada y sustantiva dentro del gran conjunto de la Seguridad Social española, inicia su actuación generalizada en el bienio 1946-1947, cumpliéndose en la actualidad veinticinco años de existencia del Servicio de Mutualidades Laborales, creado por orden de 24 de octubre de 1946. En los años fundacionales, y en los inmediatamente posteriores, existió un contraste apreciable entre la solidez,

arraigo y popularidad que alcanzaron las Mutualidades laborales, su precario basamento legal y su imprecisa configuración jurídica. Basta recordar las diversas teorías e incluso los preceptos de derecho positivo que tan pronto hacían surgir las en un tiempo llamadas «instituciones de previsión laboral» de la ley de Mutualidades y Montepíos «libres» o voluntarios, de 6 de diciembre de 1941, como de la propia ley de Reglamentaciones Nacionales de Trabajo, de 16 de octubre de 1942, teniendo en cuenta que su partida de nacimiento efectiva se insertaba dentro del articulado de estas reglamentaciones. Puso fin a la enojosa indeterminación conceptual (que, por supuesto, en nada afectó al éxito espectacular de las Mutualidades laborales) el Decreto de 10 de agosto de 1954, que adoptó la tesis de dependencia de la ley de Reglamentaciones y, sobre todo, el Reglamento General del Mutualismo Laboral, de 10 de septiembre de 1954, que lo definió en su artículo 1.º como lo que realmente era, a saber: «Un sistema de previsión social obligatorio, establecido en favor de los trabajadores por cuenta ajena en actividades laborales determinadas por el Ministerio de Trabajo», constituyendo sus «fines primordiales la protección a los mutualistas y sus familiares contra contingencias y riesgos, fortuitos y previsibles...» (artículo 2.º del Reglamento General).

Con la excepción de algunas menciones esporádicas o incidentales en diversos preceptos de rango legal durante la etapa 1954-1963, las Mutualidades laborales no encuentran lo que técnicamente pudiéramos llamar su consolidación jurídica hasta la ley de Bases de la Seguridad Social de 1963, articulada en los Decretos de 21 de abril de 1967. En el primero de estos textos articulados de la ley se expone (artículo 39.1) que las Mutualidades laborales «tendrán la naturaleza de corporaciones de interés público, integradas por empresarios y trabajadores e instituidas y tuteladas por el Ministerio de Trabajo para la gestión de la Seguridad Social que pueda serles atribuida», quedando esta gestión concretamente delimitada, en cuanto al Régimen General, en el artículo 196 de dicho texto articulado.

Empero, el Mutualismo laboral, como «sistema», organización o conjunto, no aparece considerado ni definido en preceptos de rango legal, no obstante su indudable presencia como un «todo» homogéneo y su historia, tradición y características inalienables. Era éste uno de los objetivos del Congreso en su convocatoria y su instrumentación en cuanto a concretar en lo posible el contenido existencial del Mutualismo, la tarea que asumió la ponencia III, en la que se ha tratado de fundamentar la existencia real y operante del Mutualismo laboral en su conjunto, concebido como algo que rebasa la simple yuxtaposición de las Mutualidades laborales.

JUAN EUGENIO BLANCO