

Tipificación y estructura del Contrato de Trabajo

JUAN RIVERO LAMAS

Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad
de Zaragoza

S U M A R I O

SUMARIO: I. *Tipificación del Contrato de Trabajo*.—II. *Caracterización estructural*: 1. Planteamiento.—2. Origen y desfiguración del sinalagma.—3. Balance crítico doctrinal.—4. El paradigma normativo de contrato en el Código Civil español.—III. *Caracterización dogmática del régimen regulador*: 1. La consensualidad y el contrato de trabajo: A) Perfección consensual y enriquecimiento institucional.—B) Prestación salarial y contrato de trabajo nulo.—2. La onerosidad del contrato de trabajo.—3. Conmutatividad y aleatoriedad.—4. Otras características del contrato de trabajo: A) La ejecución continuada.—B) Contenido patrimonial y jurídico-personal. IV. *Tópica y sistema de la contratación laboral*: 1. Los salarios de inactividad.—2. La imposibilidad sobrevenida y los supuestos suspensivos.—3. La resolución por incumplimiento y el despido.

I. TIPIFICACION DEL CONTRATO DE TRABAJO

Las limitaciones de la abstracción lógica en la elaboración científica de los conceptos jurídicos se pretenden colmar, entre otros recursos de la metodología del Derecho actual, acudiendo a la elaboración de «tipos», que «concretan» conceptos e institutos al elaborarse y ser utilizados para designar un conjunto de hechos a los cuales se vinculan consecuencias jurídicas por obra de la norma (1). Con un carácter especialmente acentuado dentro del ordenamiento, el Derecho del Trabajo no conoce simplemente personas, sino empresarios y trabajadores, diversificándose las calidades personales de unos y otros en atención a criterios que trascienden al régimen jurídico

(1) ENGISCH, K.: *La idea de concreción en el Derecho y en la ciencia jurídica actuales*, estudio preliminar y traducción de J. J. Gil Cremades. Pamplona. 1968, págs. 415 y sigs. LARENZ, K.: *Metodología de la ciencia del Derecho*, traducción de E. Gimbernat Ordeix, Barcelona 1966, págs. 344 y sigs.

aplicable (2). El significado del tipo está referido no meramente a un caso individual, sino a un individual que se repite muchas veces, pero que es un general-especial (3); por ello, el tipo es más rico en contenido que el concepto abstracto a él coordinado. Pues bien, el contrato de trabajo es, desde esta perspectiva, un tipo estructural jurídico que se resiste a ser definido, pudiendo sólo ser «descrito mediante la mostración precisamente en la conexión plena de sentido de sus rasgos individuales» (4). Al filo de las descripciones positivas contenidas en los artículos 1.º y 6.º de la L. C. T. (Decreto de 26 de enero de 1944), la jurisprudencia ha reparado con frecuencia en los caracteres externos del contrato de trabajo, decidiendo, en supuestos límites, si se presta un trabajo productivo mediante una relación contractual en la cual concurren las notas de remuneración, ajenedad y dependencia (5).

A partir del supuesto de hecho general delimitado en las normas positivas, el contrato de trabajo se caracteriza como tipo estructural jurídico por los siguientes rasgos:

1) Se trata de un tipo estructural *abierto* (6), apoyándose esta apertura en la elasticidad de la dependencia como concepto jurídico, que cobra valor de concepto indeterminado, cuya concreción jurisprudencial supone, además de constatar una situación de hecho comprobable, un juicio de valor (7).

(2) RADBRUCH, G.: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, traducción de W. Roces, 3.ª edición, México-Buenos Aires, 1965, pág. 161. La determinación de estos tipos apunta a una función reguladora más ajustada a la realidad, como también señala RADBRUCH: «Es la formación de estos tipos lo que hace que se destaque la posición social de poder o de impotencia de los individuos, permitiendo con ello dictar medidas de protección contra la impotencia social y poner las trabas necesarias a la prepotencia absorbente». Sobre las clases de trabajadores, vid., por todos, el T. II de las *Actes du Sixième Congrès International de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale*, Uppsala, 1968, que contiene los informes generales, la discusión y las comunicaciones nacionales presentadas sobre el segundo tema del Congreso, cuyo título era: «La différentiation entre les diverses catégories de travailleurs (travailleurs manuels et non manuels, personnel de surveillance, cadres, personnel de la fonction publique, etc.), tant au regard de la loi et des conventions collectives que de la pratique professionnelle en général». Como expresa GIUGNI en su rapport général, la «differentiation des regimén constitue... la raison d'être fondamentale de la formation des catégories et de leur persistance». *Op. cit.*, pág. 35.

(3) ENGISCH, K.: *Op. cit.*, págs. 445-452. LARENZ, K.: *Op. cit.*, págs. 348-351.

(4) LARENZ, K.: *Op. cit.*, págs. 354-355.

(5) Sobre la evolución jurisprudencial al respecto, cfr. las sentencias del T. S. (Sala VI) de 13 de abril de 1966, 17 de enero de 1967, 16 de diciembre de 1969 y 11 de febrero de 1970. Carácter regresivo tiene la decisión de la misma Sala del T. S. de 29 de abril de 1970. Sobre el tema, vid., fundamentalmente, RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: *La dependencia y la extensión del Derecho del Trabajo*. Comunicación del Tema II del I Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo, en R. P. S., n.º 71 (1966), págs. 150 y sigs.

(6) LARENZ, K.: *Op. cit.*, págs. 355-358.

(7) La gradación de la dependencia supone —en palabras de RODRÍGUEZ PIÑERO—, que no sea posible valorarla rígidamente. «ya que no es un con-

2) Por obra de la presunción contractual del artículo 3.º de la L. C. T., el contrato de trabajo tiene una fuerza atractiva para incluir en su régimen regulador las prestaciones de trabajo por cuenta ajena; esto es, utilizando la expresión de la S. T. S. (5.ª) de 14 de febrero de 1966, «cuando tenga lugar la incorporación del resultado de trabajo a un patrimonio ajeno», desplazando la prueba sobre la parte que niega el carácter laboral o la existencia de un contrato. La conversión del contrato de trabajo en el tipo contractual *común* para la prestación de trabajo por cuenta ajena (8), explica las ampliaciones sucesivas jurisprudenciales y de la legislación.

3) En el Derecho español del trabajo se configuran, un tipo normal de trabajo dependiente y tres especiales: aprendizaje, trabajo a domicilio y representantes de comercio. Se identifica la tipicidad de estos contratos especiales, en los dos últimos casos por la peculiaridad del trabajo-objeto, que incluye también rasgos peculiares de la dependencia, distintos de los concurrentes en el tipo normal de contrato de trabajo (9), y por la causa en el aprendizaje (10). Cada

cepto firme e inmovible sino que tiene un cierto carácter indeterminado». *Op. y loc. cit.* Los «conceptos jurídicos indeterminados», como dice FORSTHOFF, no son claros de entrada, pero tienen carácter jurídico, «porque su aplicación puede ser controlada por los tribunales, y se les denomina conceptos jurídicos indeterminados porque solamente cobran su certeza en relación con una situación técnica concreta». *Problemas de la Administración prestadora de servicios*, en «Problemas actuales del Estado social de Derecho en Alemania» (conferencia), Madrid, 1966, págs. 44-45. Más ampliamente sobre los mismos, ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, traducción de E. Garzán Valdés, Madrid, 1967, págs. 137-169. Sobre las cuestiones particulares que plantea su control jurisdiccional, vid. —además del trabajo citado de FORSTHOFF—, el de GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo*, en RAP, n.º 38 (1962), espec. págs. 171-173, MARTÍN GONZÁLEZ, M.: *El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos*, en RAP, n.º 54 (1967), págs. 197-292.

(8) Sobre ello me extendí en mi trabajo: *El Derecho común del Trabajo en España*, Zaragoza, 1970, págs. 21-23.

(9) La dependencia consiste, en el tipo *normal* de contrato de trabajo, en «que el trabajador se halla comprendido en el círculo organicista, rector y disciplinario de aquel por cuya cuenta realice una específica labor», Sentencia Tribunal Supremo (Sala VI), de 13 de abril de 1966. Pero junto a esta configuración general de la dependencia, la Ley 21/1962, de 21 de julio, parece introducir un concepto más general, con la nueva redacción del artículo 6.º de la L. C. T., que —de momento— tiene una aplicación restringida: la de aquellos trabajadores que, «en general», desarrollen actividades en situación de dependencia con respecto a las personas que las ordenan o encargan, pagando por ellas o por sus resultados una retribución. En realidad, la situación de dependencia existente cuando el trabajador cumplimenta un «encargo» y recibe por su «resultado» una retribución, sólo abarca en los momentos actuales los supuestos laborales de trabajo a domicilio (arts. 114-121 de la L. C. T.), de los representantes de comercio y, todo lo más, a algunas ejecuciones personales de obra (vid., recientemente, la sentencia del T. S. (Sala VI), de 7 de abril de 1970). Si tenemos en cuenta que para los representantes de comercio el propio artículo 6.º configura una especial dependencia, como reiteradamente la jurisprudencia viene indicando (vid. así —entre otras muchas—, la sentencia del T. S. (Sala VI), de 4 de diciembre de 1970), el nuevo concepto general introducido por la Ley 21/1962 queda sen-

uno de estos tipos de contrato de trabajo —el general y los tres especiales—, tiene jurídicamente una estructura propia, entendiendo por ésta, a tenor del artículo 1.262 del Código civil, «la prestación del consentimiento sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato». La zona de coincidencia entre el tipo general y los tipos especiales se sitúa en la calificación normativa de unos y otros como contratos de trabajo, realizada a partir de la valoración del legislador sobre la función del contrato de trabajo como instituto operante en la realidad social y económica. La formación de tipos especiales, responde —en última instancia— no a la *subsunción*, que es imposible, sino a la *coordinación tipológica*, en virtud de la cual lo que decide la existencia de contrato de trabajo no es la presencia de todos los rasgos que lo individualizan en la formulación legal general, sino la aproximación a la imagen total, constatada a partir de la correspondencia de otras prestaciones contractuales de trabajo por cuenta ajena a los límites fluctuantes del tipo general y a la función económico-social que el mismo desempeña como instituto jurídico (11).

Este análisis del contrato de trabajo como tipo estructural jurídico se complementa con la calificación técnica del mismo como negocio típico, que se centra en la estructura o configuración del supuesto de hecho (*Tatbestand*) tenido en cuenta por la regulación legal, y que supone la existencia de un particular esquema fijado por las leyes para esta figura negocial, aunque en algunos ordenamientos dicha tipificación se haya llevado a cabo también por la jurisprudencia (12). En el Derecho español, sin embargo, son típicos en el sentido indicado

siblemente restringido o aquellas prestaciones laborales por cuenta ajena que no se ordenan —sino se encargan—, ni tampoco se retribuye el trabajo realizado, sino su resultado.

(10) Sobre la naturaleza del mismo, ALONSO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho del Trabajo*, 3.^a edición, Barcelona, 1971, págs. 425-426. ALONSO OLEA, M.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1971, pág. 275. RUDAN, M.: *Il contratto di tirocinio*. Milano, 1966, págs. 54 y sigs. En el plano jurisprudencial, la sentencia del T. S. (Sala VI), de 11 de marzo de 1970, ha incidido directamente sobre la calificación de la naturaleza jurídica del contrato de aprendizaje, resolviendo un recurso en interés de la ley, afirmandose —en síntesis—, «que el problema no puede resolverse en términos generales, pues depende de las características o modalidades de cada caso, de forma que, tal vez no deba hablarse en singular del contrato de aprendizaje...».

(11) Tal función ha sido puesta de relieve por ZAKSAS, J.: *Les transformations du contrat et leur loi (Essai sur la vie du contrat en tant qu'institution juridique)*, París, 1939, págs. 158 y sigs. Sobre la conexión de sentido entre el tipo general y el especial en el plano normativo, vid. FERRI, G. B.: *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1956, pág. 254.

(12) DE CASTRO, F.: *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, págs. 202-203. Por lo que al contrato de trabajo se refiere, JACOBI, *Grundlehren der Arbeitsrechts*, Leipzig, 1927, págs. 58 y sigs. SCOGNAMIGLIO, R.: *Diritto del lavoro. Parte generale*, Bari, 1969, págs. 100-102, espec. Sobre el proceso de tipificación en los ordenamientos contemporáneos, BRUN, A.: *Les grandes tendances du droit du travail à l'époque contemporaine*, en «Revue Internationale de Droit Comparé», 1967, n.º 1, págs. 10-13, vid. también en el número citado de la «Revue Internationale...», el estudio dedicado a Francia, por Jean SAVATIER, en especial, págs. 46-47.

tanto el esquema general de contrato de trabajo como los tres esquemas especiales. En cualquier caso, la calificación del contrato de trabajo como negocio típico hace vana y carente de sentido la búsqueda de otro esquema contractual para calificar su naturaleza jurídica.

II. CARACTERIZACIÓN ESTRUCTURAL DEL CONTRATO DE TRABAJO

1. *Planteamiento.*

Por caracterización estructural del contrato de trabajo se entiende la que permite explicar técnicamente la mecánica productora del conjunto de derechos y deberes de las partes. La historia doctrinal del Derecho del trabajo es en buena medida, al menos en los ordenamientos de raíces romanista y germánica, la de los intentos de penetración en el origen y alcance de las respectivas posiciones jurídicas de empresario y trabajador, partiendo del momento contractual y tras incorporarse este último a una organización laboral (13).

No ha sido, sin embargo, objeto de una ilustración tan exhaustiva el ángulo visual de la estructura misma del contrato de trabajo, como aquel que repara en el desdoblamiento de la relación de trabajo del contrato. Ahora bien, el estudio en profundidad de los caracteres estructurales del contrato de trabajo estimo puede aportar una nueva perspectiva al tratamiento de los efectos jurídicos que se producen para las partes tras incorporarse el trabajador a la empresa. No es extraño encontrar en la jurisprudencia una mención a tales caracteres estructurales del contrato laboral; así, en S. T. S. de 27 de febrero de 1963, se afirma, en relación con el acuerdo establecido objeto de impugnación, que reunía los caracteres que singularizan al contrato de trabajo: «... pacto de ejecución sucesiva, oneroso y sinalagmático, constituido *intuitu personae* por lo que afecta al trabajador, que queda sometido a la subordinación y autoridad patronal».

El punto de partida para la caracterización estructural del contrato de trabajo es la afirmación de su bilateralidad. Ello significa no sólo que tiene como negocio bilateral dos declaraciones de voluntad de parte (14), sino —además— que produce dos obligaciones (15),

(13) Tales planteamientos doctrinales coinciden —en efecto—, con la afirmación del Derecho del trabajo en los ordenamientos del continente europeo. RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: *Contrato de trabajo y relación de trabajo (Balance provisional de una polémica)*, Separata de «Anales de la Universidad Hispalense», vol. XXVII, 1967.

(14) CARIOTA FERRARA, L.: *El negocio jurídico*, traducción y notas de M. Albaladejo, Madrid, 1956, págs. 134-135.

(15) PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, vol. I, Doctrina general del contrato, Barcelona, 1954, pág. 396. DÍEZ PICAZO, L.: *Leciones de Derecho Civil*, II, Derecho de Obligaciones, Valencia, 1965, pá-

que tienden a operar un cambio de servicios por bienes. Pues bien, piedra de toque de la estructura interna del contrato de trabajo es la explicación del nexo entre las obligaciones principales que el contrato genera para trabajador y empleador. El dilema que se plantea, en términos generales, es el siguiente: ¿La génesis y el régimen de las obligaciones recíprocas es efecto del contrato como relación jurídica nueva y unitaria, o de existir obligaciones contrapuestas que se sirven entre sí de causa? La teoría del sinalagma recoge esta segunda solución: bilateralidad o reciprocidad se identifica con una causalidad mutua de las obligaciones en su génesis (sinalagma genético) e interdependencia de las prestaciones en la fase de cumplimiento (sinalagma funcional). Sin embargo, es lo cierto que el paradigma sinalagmático tuvo una resonancia muy matizada en la primera doctrina jurisprudencial posterior a la codificación civil española, aunque luego se aceptara por la doctrina científica y jurisprudencial como algo inmovible. Así, la S. T. S. (Civil), de 5 de enero de 1905, exigía para la existencia de obligaciones bilaterales o recíprocas, «no sólo que en un mismo contrato se establezcan prestaciones a cargo de ambas partes, sino que la obligación de cada una de ellas haya sido querida como equivalente de la otra y, por consiguiente, existe entre ellas una mutua reciprocidad» (16).

Doctrinalmente, la teoría del sinalagma ha sido formulada con nitidez. OSSORIO Y MORALES se expresaba al respecto en los siguientes términos: «Cada una de las obligaciones que nacen del contrato sinalagmático es causa de otra, o dicho de otro modo, ambas obligaciones están mutuamente condicionadas... En este sentido, puede decirse que las obligaciones de ambos contratantes guardan entre sí una relación de causalidad o mutua dependencia» (17). En términos muy similares se expresa más recientemente DÍEZ PICAZO (18), y

gina 281. ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones, Parte General*, Barcelona, 1970, págs. 300-301.

(16) En efecto, la idea de sinalagma está muy lejos del significado causal y objetivo atribuido en la formulación habitual. Expresar que la obligación de cada una de las partes ha de ser querida como equivalente de la otra, es sólo afirmar el consentimiento que se precisa para la perfección de un contrato bilateral, pero sin convertir a cada obligación en causa de la otra; lo cual limita a la «mutua condicionalidad», a que se refiere la decisión de referencia, en meramente subjetiva, y no en objetiva como lo exigiría el sinalagma. Desde dicho punto de vista, es plenamente aceptable, a reserva de lo que más adelante se expresa sobre la eficacia del consentimiento contractual en el Derecho español, la definición de contratos bilaterales que nos brinda LARENZ: «Contratos bilaterales son, por tanto, aquellos en que ambas partes contraen obligaciones y en que al menos algunos deberes de prestación recíprocos estén vinculados entre sí, de modo que la prestación de una representa, de acuerdo con la voluntad de ambas partes, la contraprestación, la compensación por la de la otra». *Derecho de Obligaciones*. Traducción de J. Santos Briz, Madrid, 1958, Tomo I, pág. 267.

(17) *Notas para una teoría general del contrato*, en R. D. P. (1965), pág. 1095.

una buena parte de la doctrina civilista, aunque también se advierte una tendencia a no insistir con claridad en la sustantividad del sinalagma, identificándola con la bilateralidad de los contratos (19).

La idea de reciprocidad, entendida como causalidad o condicionabilidad *ad invicem* de las prestaciones de cada una de las partes, se recibió en su forma absoluta por la doctrina científica del Derecho del trabajo. «El contrato de trabajo, expresaba P. DURAND (20), se presenta como un contrato sinalagmático, con las consecuencias que resultan de ello desde el punto de vista de la teoría de la causa o de la interdependencia de las obligaciones de las partes».

Más recientemente, sin embargo, la misma doctrina francesa pone de manifiesto la necesidad de abandonar una «concepción civilista estrecha del sinalagma», porque el Derecho del trabajo consagra en su lugar la noción de «pertenencia continuada a la empresa» (21). Por su parte, en la doctrina italiana ha postulado CORRADO (21) una concepción del sinalagma actualizada y cercana al entendimiento de la reciprocidad de los contratos bilaterales que aquí se expone: el sinalagma *genético*, se refiere, según el laboralista italiano, al contrato como unidad, al vínculo de interdependencia entre las ventajas respectivas que las partes esperan obtener por el acuerdo, y el *funcional* al objeto de cada una de las obligaciones, es decir, a las prestaciones. La correspondencia entre sinalagma genético y funcional —advierte—, *è normale, ma non necessaria, poiche ogni mutamento giuridico è disposto e caratterizzato da una discrezionale valutazione normativa*. En la doctrina jurídico-laboral española la aceptación del carácter sinalagmático es la línea dominante (23).

(18) *Op. y loc. cit.*

(19) PUIG BRUTAU, J.: *Op. y loc. cit.* CASTÁN, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*. T. III, *Derecho de Obligaciones (La obligación y el contrato en general)*, 10.^a edición, Madrid, 1967, pág. 385. ALBALADEJO, M.: *Op. y loc. cit.* MESSINEO, F.: *Il contratto in general*, en el «Trattato di Diritto Civile e Commerciale», dirigido por CICU-MESSINEO, XXI, T. I. Milano, 1968, páginas 760-761. GAUDEMET, E.-DESBOIS-GAUDEMET, J.: *Theorie Générale des obligations*, París, 1965 (reimpresión de la edición de 1937), pág. 22.

(20) DURAND, P.-VITU, P.: *Traité de Droit du Travail*, T. II, París, 1950, pág. 217.

(21) CAMERLYNCK, G. M.: *Contrat de Travail*, en el «Traité de Droit du Travail», publicado bajo su dirección, París, 1968, págs. 46-47.

(22) *Trattato di diritto del lavoro*, vol. III, Torino, 1968, pág. 509.

(23) ALONSO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho del Trabajo*, cit. pág. 306., admitiendo la teoría del sinalagma en su formulación pura: «Cada uno de los sujetos está obligado a una prestación (realizar el trabajo convenido, pagar la remuneración estipulada), estableciéndose entre aquellas una interdependencia en virtud de la cual cada prestación actúa como presupuesto necesario de su recíproca, y sin que, en consecuencia, el empresario esté obligado al pago del salario en tanto no haya sido prestado el servicio por el trabajador, y viceversa». Con un sentido más limitado y diluido se admite el carácter sinalagmático del contrato de trabajo por ALONSO OLEA, M.: *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 6: «...sinalagmático en sentido funcional. esto es, en el de que existe una correspondencia, paridad o equivalencia entre los deberes jurídicos básicos recíprocos de ambas partes». PÉREZ BOTIJA había puesto

Tras lo expuesto, aparece con claridad que el punto de partida para una caracterización estructural del contrato de trabajo debe situarse en la búsqueda del paradigma normativo de contrato bilateral recogido en nuestro Derecho común (24).

El artículo 1.102 del Código civil francés brinda una definición del contrato bilateral, en los siguientes términos: *Le contrat est synallagmatique ou bilateral lorsque les contractants s'obliguent réciproquement les uns envers les autres*. La misma fórmula recogía el Código civil italiano de 1865. Este obligarse recíprocamente se entendió como que una obligación era causa de la otra. En consecuencia, la reciprocidad no se encontraba en el contrato como unidad, como fuente de nacimiento de las obligaciones, porque cada una de éstas se servía recíprocamente de causa (25). El Código civil español no contiene una definición de contrato bilateral paralela a la del artículo 1.102 del *Code* francés. Introduce el artículo 1.254 del Código civil español una innovación importante respecto al precepto correspondiente al mismo contenido del modelo napoleónico; este es el artículo 1.101. El precepto patrio declara imperativamente el efecto constitutivo del consentimiento en la génesis del contrato: «El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse»; mientras que la definición del *Code* es puramente descriptiva (*Le contrat est une convention par laquelle une o plusieurs personnes s'obligent...*). Esta última diferencia, acentuando el papel del consentimiento en la creación del vínculo, junto a la ausencia de una mención al término *synallagma*, justifican un planteamiento histórico de la temática.

2. Origen y desfiguración del *synallagma*.

En la mención al término *synallagma* que aparece en una respuesta de LABEON (26), se refiere su significado a todo el contrato bilateral o de prestaciones recíprocas. Se trataba de un mero alarde de erudición, no indicativo del significado del término en las fuentes griegas (27), y

de relieve las excepciones que presentaba el contrato de trabajo al condicionamiento *synallagmático*, *Derecho del Trabajo*, 6.^a edición, Madrid, 1960, pág. 122 (en nota 22).

(24) Sobre el concepto de paradigma normativo de contrato en cada ordenamiento, MESSINEO, F.: *Il contratto in genere*, cit., págs. 10-11.

(25) ALONSO PÉREZ, M.: *Sobre la esencia del contrato bilateral*, en «Acta Salmanticensia», Derecho, 19, Salamanca, 1967, págs. 7-10.

(26) Contenida en un texto de ULPIANO, D. 50, 16, 19 (Ulp. II *ad ed*), referencias al *synallagma* en D. 14-7-2 y D. 44, 7, 25.

(27) Sobre dicho significado, vid. recientemente, DESPOTOPOULOS, C.: *La notion de synallagma chez Aristote*, en «Archives de Philosophie du Droit», T. XIII, monográfico «Sur les notions del contrat», París, 1968, págs. 115-127. En el libro V de su *Etica a Nicócamo*, Aristóteles deja de manifiesto que la justicia y la actividad de los juristas se ejercita en dos tipos de actividades: de una parte, las actividades de distribución, cuando se trata de repartir los bienes, los honores o las deudas entre los miembros de la ciudad, supuesto de la justicia que llamamos «distributiva»; de otra, en los cambios de bienes, a lo cual se refiere la expresión «el correctivo en los "*synallagmata*"»,

por supuesto, no se aludía con ello la interdependencia de las obligaciones. En efecto, después de la definición del contrato bilateral en términos muy similares a GAYO (*contractum autem ultro citroque obligationem*, añadió, *quod Graeci sinalagma* (28) *vocant*).

Ahora bien, un sector de la doctrina romanista coincide en afirmar que los contratos *bonae fidei*, o bilaterales, hacían nacer del mero consentimiento dos obligaciones y acciones independientes y autónomas, opinión que comparten, entre otros, BECHMANN (29) y GIRARD (30). En el mismo sentido sostiene ARANGIO RUIZ (31), con toda energía, que en el Derecho romano «jamás se llegó a un principio de interdependencia entre las prestaciones y obligaciones recíprocas». De diferente opinión es en la doctrina española A. D'ORS (32), aunque su postura, como deja patente, no pasa de un mero parecer personal para explicar el progreso que supuso conferir al consentimiento efecto jurídico constitutivo.

Es lo cierto, sin embargo, que esta referencia culta y poco afortunada de LABEON provocó un efecto de mimetismo en los juristas posteriores, empleándose el término por ARISTON (33) para justificar la forma en que se articulaba la obligatoriedad jurídica en algunos contratos innominados. En verdad, no se trataba propiamente de la teoría del sinalagma en la forma aceptada posteriormente, sino la explicación del momento en el cual era exigible para la parte que había cumplido el cumplimiento de la obligación contraída por la otra. Todo parece indicar, en efecto, que el concepto de interdependencia de las obligaciones fue extraño al Derecho romano, correspondiendo a los glosadores primero y a los canonistas después la

correctivo que está atribuido a "justo" y que significa "apto para establecer la rectitud". El sinalagma no es, pues, todo el contrato, aunque los textos del Digesto tomen estas palabras como sinónimas, sino —más generalmente—, el cambio, que puede tener lugar según Aristóteles, bien voluntariamente en la venta, el arrendamiento de cosas o servicios, o de manera no voluntaria a consecuencia de un delito o un cuasidelito. En cualquier caso, lo que caracteriza a estos cambios, en general, es el desplazamiento de un bien de un patrimonio a otro. Es este desplazamiento el que da lugar (por la justicia que llama correctiva, para establecer el equilibrio), a la «restitución» de un valor tan equivalente como sea posible.

(28) En el Digesto el término sinalagma figura en griego, omitiéndose aquí la transcripción por economía tipográfica. La bibliografía romanista sobre el sinalagma es muy amplia, mereciendo citarse, entre otras aportaciones: DE FRANCISCI, P.: *Synallagma*, París, 1916. ARANGIO RUIZ, F.: *La compraventa in Diritto romano*, Napoli, 1916, págs. 214 y sigs. GROSSO: *Il sistema romano dei contratti*, 3.^a edición, Torino, 1963, págs. 204 y sigs.

(29) *Der Kauf*, I, Erlangen, 1876, pág. 543. cit. por ALONSO PÉREZ, *Op. cit.*

(30) *Manuel élémentaire de Droit romain*, París, 1924, pág. 564.

(31) *Op. cit.*, pág. 227.

(32) *Derecho privado romano*, Pamplona, pág. 432.

(33) D. 2, 14, 7, 2. Sobre el valor de estos dos textos: PINO, A.: *Il contratto con prestazioni corrispettive (Bilateralità, onerosità, e corrispettività nella teoria del contratto)*, Padova, 1963. págs. 48-99.

elaboración de la teoría del sinalagma, partiendo para ello de la distinción entre contratos conmutativos y no conmutativos (34).

La teoría del sinalagma aparece a continuación como sustitutivo de la eficacia creadora de la consensualidad, contribuyendo a ello decisivamente la necesidad de generalizar la obligatoriedad jurídica de las figuras contractuales atípicas, esto es, que no encajaban en los moldes preformados por el Derecho romano. E. BUSSI (35) ha descrito el proceso por el que se llega en el Derecho intermedio a generalizar el carácter vinculante de los nudos pactos. Como punto terminal, en el mismo siglo XIII, HUGUCIO y BERNARDO DE PAVÍA afirmaran la fuerza jurídica obligatoria de los acuerdos no típicos, oponiendo así al principio romano *ex nudo enim pacto inter cives romanos actio non nascitur*, la regla canónica *ex nudo pacto actio oritur* (36). Pero esta *actio* no tiene carácter civil, sino natural, apoyada en el principio *frequentis fidei* como trasunto unitario de la *bona fidei* y la *aequitas* en el cumplimiento de los pactos. En el principio del *fragenti fidei* y en la equidad descansan también, como ha puesto de relieve R. CASSIN entre otros (37), la *exceptio non adimpleti contractus* y la resolución por incumplimiento. Aún puede añadirse más: la rescisión por lesión *ultra dimidium* y la doctrina del *iustum pretium* se imponen como imperativo moral para evitar que uno de los contratantes sufra una lesión (38).

3. Balance crítico doctrinal.

Superado el condicionamiento doctrinal impuesto por la supervivencia de los tipos contractuales romanos, la elaboración del concepto de contrato bilateral puede llevarse a cabo, con carácter general, desde un planteamiento técnico coherente y libre. Cuando se alude el carácter bilateral de un contrato se hace referencia a la es-

(34) PINO, A.: *Op. cit.*, págs. 49-50.

(35) *La formazione dei dogmi de diritto privato nel diritto comune (Diritto reali e diritti di obbligazione)*, Padova, 1937, págs. 217-271.

(36) La regla romana la formula PAULO: *Sent.*, 2, 14,1. Sobre la evolución, vid., además de la obra de E. BUSSI: *Les transformations du contrat...*, cit., págs. 94-99.

(37) *De la exception tirée de l'inesecution dans les rapports synallagmatiques*, París, 1914, pág. 422. Cfr. PINO, A.: *Op. cit.*, págs. 43 y 52.

(38) El *Codex*, Libro IV, tít. 44, leyes 2.^a y 8.^a (de rescidenda venditione), se refería a estos supuestos. La Ley 2.^a, atribuida a Diocleciano y Maximiano, establecía: *Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxerit, humanum est, ut vel, pretium te restituyente emptoribus, fundum venditum recipias, auctoritate intercedente iudicis, vel si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipies. Minus autem pretius esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit*. Los glosadores extenderán el remedio de la lesión *ultra dimidium* a todos los contratos. Sobre el tema, R. G. VALLES: *Rescisión por «laesio ultra dimidium»*, Barcelona, 1962. VILLAR PALASÍ, J. L.: *La traslación del «iustum pretium» a la esfera de la expropiación forzosa*, en RAP, n.º 43 (1964), págs. 161-191. ARIÑO ORTIZ, G.: *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Madrid, 1968, págs. 20-46. DE CASTRO, F.: *El negocio jurídico*, cit., págs. 517 y sigs.

estructura interna del mismo, a su función de fuente productora de dos obligaciones que tienden a operar un cambio de bienes o servicios. La bilateralidad del contrato está directamente referida a la presencia en su génesis de dos partes que se obligan a realizar unas prestaciones, y la expresión contrato bilateral mienta —también— la existencia de prestaciones recíprocas debidas por obra del vínculo jurídico creado, tendentes a operar un intercambio de bienes o servicios o de aquellos por estos (39). Por ello son constitutivo esencial del contrato bilateral las dos obligaciones que nacen del mismo; es decir, no puede hablarse de contrato bilateral cuando falte una de las obligaciones recíprocas que lo configuran como tal. En el caso del contrato de trabajo no existirá esta figura contractual si no son exigibles jurídicamente la obligación de trabajo y la obligación salarial (40). Por lo demás, es el mismo contrato bilateral el que crea el vínculo jurídico entre las partes y, también, el que sirve de título o fundamento a los deberes de prestación recíprocos (41). La génesis mediante el contrato de obligaciones recíprocas no supone un condicionamiento mutuo de las mismas en virtud del cumplimiento futuro, ni, en sentido contrario, una absoluta autonomía del régimen. La regulación positiva ha introducido en el decurso histórico «puentes de equidad» para regular la vida del contrato y el régimen de cada obligación recíproca (así, en el Derecho común español, la *exceptio non adimpleti contractus*, art. 1.100 del Código civil, y la condición resolutoria tácita, art. 1.124 del mismo). En otro caso, la misma existencia del contrato como vínculo jurídico para obligar al cumplimiento de lo pactado a cada una de las partes carecería de un objeto determinado hasta el momento de la ejecución, no valiendo en tal caso el acuerdo inicial más que como pacto incompleto (42), o contrato condicionado (43), construcciones erróneas tomadas con carácter general.

(39) ALONSO PÉREZ, M.: *Sobre la esencia del contrato...*, cit., págs. 10-12 y bibliografía citada.

(40) BAYÓN CHACÓN, G., y PÉREZ BOTIJA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*, vol. I. cit., pág. 420.

(41) DE CASTRO, F.: *El negocio jurídico*, cit., págs. 257-259.

(42) En este sentido, es de extraordinario interés el parágrafo 315 del B. G. B.: «Si la prestación debe ser determinada por uno de los que concluyen el contrato, en la duda ha de entenderse que la determinación ha de realizarse según juicio equitativo.

La determinación se realiza por declaración frente a la de otra parte. Si la determinación ha de realizarse según juicio equitativo, la determinación efectuada sólo es obligatoria para la otra parte si es conforme a la equidad. Si no es conforme a la equidad, la determinación se efectúa por sentencia; lo mismo vale si la determinación es demorada». En estos supuestos, la determinación por una de las partes mediante una declaración frente a la otra, tiene la naturaleza de derecho de configuración, de igual forma en los casos en los cuales corre a cargo del juez, tratándose entonces de configuración judicial. Vid. LARENZ, K.: *Derecho de obligaciones*. T. I, cit., págs. 112-113. En el Derecho español, el paradigma normativo de contrato del artículo 1.258 del Código civil evita recurrir a construcciones similares.

(43) Sobre estas construcciones, SCOGNAMIGLIO, R.: *Contratti in generale*, cit., págs. 358-372.

Desde un punto de vista doctrinal, la teoría del sinalagma encontró oposición en España desde tiempos no muy recientes, aunque ello sea la excepción. Ya en el año 1929, M. M. TRAVIESAS negaba, tras una crítica brillante, que las obligaciones recíprocas se sirvieran mutuamente de causa, proponiendo en su lugar la denominación de reciprocidad necesaria (44). Recientemente, ALONSO PÉREZ (45) ha sometido a una crítica contundente la teoría del sinalagma en la configuración y régimen del contrato bilateral. También en la doctrina italiana se ha iniciado una revisión a fondo, que ha culminado con la obra de A. PINO (45), *dilucidando las relaciones entre corrispettività y sinalagma*, cuyas conclusiones no han sido recogidas, sin embargo, en la más reciente monografía de T. TREU (47), respecto del contrato de trabajo. En la doctrina alemana la crítica de la teoría del sinalagma o recíproca dependencia (*gegenseitige Abhängigkeit*) se llevó a cabo desde antiguo; ya en la pandectística, DERNBURG (48) estimaba que el contrato bilateral se sustentaba en un cambio de prestaciones, negándose a admitir la recíproca dependencia o subordinación entre las prestaciones obligatorias, por ir en contra ello del significado del sinalagma en las fuentes romanas; en idéntico sentido se pronunciaron, también, PUCHTA y BEKKER entre otros (49).

En verdad, y valga ello como hipótesis de trabajo, la elaboración de la teoría del sinalagma ha respondido a una deficiente asimilación de la herencia romana y canónica. A partir de estas construcciones se intentó una construcción dogmática del contrato bilateral, sin tomar razón de que las respuestas tópicas de la jurisprudencia romana

(44) *Obligaciones recíprocas*, en R. D. P., 1929, págs. 273-286 y 321-339. «En los contratos bilaterales, por el contrario, es de esencia que todos los contratantes se obliguen recíprocamente en el momento de la perfección del contrato, de manera que un contratante no se obliga a la realización de su prestación sino obligándose también el otro contratante a la realización de su correlativa contraprestación. No es que la prestación y la contraprestación sean causa una de otra (en el negocio jurídico contractual la causa es la misma para todos los contratantes); es que son recíprocamente necesarias para que el contrato se perfeccione», *Op. cit.*, pág. 282.

(45) *Sobre la esencia del contrato bilateral*, cit., espec. págs. 42 y sigs.: «es menester abandonar los términos bilaterales o sinalagmáticos aplicados al contrato y hablar sencillamente de contratos con obligaciones correlativas o que se hallan desprovistos de tal cualidad para designar a los unilaterales». «La reciprocidad sólo quiere decir simetría o paralelismo, no interdependencia o que una obligación esté en función de la otra». «Pero, además, son las obligaciones las que se encuentran en posición correlativa. Hablar de prestaciones correlativas, como el Derecho italiano, tiene el inconveniente de parcelar la relación jurídica obligatoria, trasladando la esencia del contrato bilateral al llamado sinalagma funcional».

(46) *Il contratto con prestazioni corrispettive*, cit., págs. 46 y sigs.

(47) *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Milano, 1968, especialmente pág. 341.

(48) *Pandette*, III. *Diritto delle obbligazioni*, traducción italiana, Torino, 1903, págs. 74 y sigs. cit. por ALONSO PÉREZ, pág. 21.

(49) Vid. estas referencias en DERNBURG, cit., pág. 76, cfr. ALONSO PÉREZ, *Op. y loc. cit.*

y las soluciones de equidad del Derecho intermedio y los canonistas no eran una base firme para forjar un concepto del mismo.

Tras este planteamiento, es obligado preguntarse por el paradigma normativo de contrato bilateral que tiene entrada en nuestro Derecho positivo y por el modo en que se articula técnicamente su estructura interna.

4. *El paradigma normativo de contrato en el Código civil español.*

En el Derecho histórico español se mantiene una conjunción equilibrada de los aglutinantes romanos y canónicos en la elaboración del paradigma normativo de contrato bilateral, pero concediéndole un papel de primer orden, también, a la herencia del propio Derecho patrio. Se trata, por lo demás, de una concepción no abstracta, sino firmemente afianzada en los presupuestos sociales y económicos de los tiempos.

Como premisa constante se afirma en el Derecho histórico español el papel creador del mero consentimiento, desde el Fuero Real (50) hasta la Ley única del Título XVI del Ordenamiento de Alcalá... «que sea valedera, se expresa en este último, la obligación o el contracto que fuesen fechos de qualquier manera que paresca que alguno quiso obligar à otro, è fazer contracto con él» (51).

Es de lamentar que esta dimensión espiritualista del consentimiento, como de ordinario se la denomina, sólo fuera tenida en cuenta después de la Codificación en su significado de principio antiformalista. No parece que contribuyera a ello la redacción del principio que se contiene en la Base XX de la Ley de 11 de mayo de 1888, sobre la que se elaboraron los preceptos del Código civil: «Los contratos, como fuente de las obligaciones, ... continuarán sometidos al principio de que la simple coincidencia de voluntades entre los contratantes establece el vínculo...». Este poder creador del consentimiento cristalizó normativamente en los artículos 1.254 y 1.258 del Código civil. En especial, en este último se deja patente dicha connotación sustantiva del paradigma contractual en nuestro Derecho: «Los contratos se perfeccionarán por el mero consentimiento, y desde entonces obligan...». La construcción del concepto de contrato bilateral se encuentra comprometida por el condicionamiento impuesto por este precepto que, junto con el artículo 1.262, nos brinda, como más adelante se detalla, el momento en el cual aparece el vínculo jurídico entre las partes, el modo en que se integra la estructura

(50) Libro I, tít. XI, L. I.—*Como todo pleyto fecho derechamente entre algunos, valer debe*: «Todo Pleyto que entre algunos homes es fecho derechamente; quier sea y puesta: firmemente sea guardado y el Alcalde fagagelo guardar; è si en el Pleyto fuere pena puesta, quien contra el Pleyto viniere, peche la pena, así como fuere puesta en el Pleyto». *Los Códigos Españoles concordados y anotados*, T. I, Madrid, 1847, pág. 359.

(51) Cfr. *Los Códigos Españoles...*, cit., pág. 450. Recogida también en *La Nueva Recopilación*, L. 7, tít. 5, Lib. 3.

contractual y la configuración del régimen de las obligaciones de las partes.

La dimensión creadora del poder de la voluntad que se residencia con carácter general en nuestro Derecho histórico de la contratación, tiene un valor decisivo para la configuración del paradigma de contrato bilateral: no es preciso recurrir al artificio del sinalagma para explicar el nacimiento de las obligaciones de las partes. De ello parece tener una conciencia muy clara los juristas españoles de la época del Renacimiento, que destacan precisamente la ventaja del Derecho nacional frente al canónico, puesto que éste sólo concedía una acción natural para reclamar el incumplimiento de los pactos no configurados según el viejo *ius civile* como verdaderos contratos.

El jurista vallisoletano Antonio GÓMEZ, al tratar de los contratos innominados en el Derecho castellano, expresa: *sufficit sola voluntas et animus obligandi ut efficaciter remaneat obligatus. Quod patet: quia ex sola pollicitatione oritur actio, et obligatio, ut ibi probatur, et in hoc excedit ius Canonicum* (52). Tras una amplia ilustración, DE MOLINA (53) añade, para reafirmar la aceptación general de esta postura: ...«*et in haec doctrina omnes doctores Hispaniae videtur convenire*» (54).

La consecuencia próxima que se sigue de esta tradición histórica en torno a la forma de articularse la eficacia obligatoria del contrato es obvia, pero, tal vez por ello, no perceptible con facilidad: Si la expresión de la voluntad de obligarse que hacen las partes es suficiente para crear el vínculo obligatorio (el contrato bilateral en el caso que nos ocupa), huelga cualquier justificación adicional, como lo es la teoría del sinalagma; esto es, carece de sentido explicar que las obligaciones recíprocas de las partes nacen porque se apoyan causal-

(52) *Variae resolutiones*, T. II. *De contractibus*, cap. VIII.

(53) *De Iustitia et Iure*, t. II. *De contractibus*. Cfr. la versión moderna de esta obra con un estudio preliminar y notas de M. FRAGA IRIBARNE, con el título de: *Los Seis Libros de la Justicia y el Derecho*, Madrid, 1943, T. II, vol. I, espec. págs. 213-222 (Disp. CCLIV); págs. 235-251 (Disp. CCLVII).

(54) *Los Seis Libros...*, cit., pág. 243 (Disp. CCLVII, II): ... diremos brevemente que del mismo modo que dijimos que en el Derecho canónico se concede acción a los pactos nudos, la tienen también en el fuero secular en el Reino de Castilla, según el Ordenamiento de Alcalá, hoy L. 2, título 16, Lib. V de la Nueva Recopilación... Lo cual podemos confirmar, porque si el pacto nudo va reforzado por estipulación, tendrá acción incluso en el Derecho civil común, por transformarse no sólo en pacto vestido, sino incluso en contrato nominado. Mas, como consta en la ley citada de Castilla, en dicho Reino, cualesquiera pactos y promesas aceptadas tiene acción lo mismo que si llevaran la forma estipulatoria; luego en dicho Reino los pactos nudos tienen acción, exactamente igual que en Derecho canónico.

En esta doctrina coinciden todos los doctores españoles, y entre ellos Gregorio LÓPEZ (l. 3, tít. 6; l. 1, tít. II, y l. 4, tít. 4, de la Partida V), MOLINA (*De primog.*, lib. IV, capítulo 2, núm. 62), COVARRUBIAS (*Var. Resol.*, l. 1, cap. 14, núm. 13) y Antonio GÓMEZ (*Var. Resol.*, II, cap. 8, núm. 5 y cap. 9, núm. 3). Si bien algunos de ellos, y otros que no citamos, no hablen siempre de la manera adecuada, por confundir los distintos sentidos de la cosa jurídica».

mente la una en la otra, ya sea en la génesis o durante la vida del contrato. En sentido muy distinto, tales obligaciones nacen *por* el consentimiento de las partes y *del* mismo contrato, como vínculo o relación jurídica unitaria.

Aplicada esta dimensión creadora del consentimiento al contrato de trabajo, significa —en síntesis— lo siguiente: El trabajador está obligado a trabajar porque mediante la prestación del consentimiento se constituyó un contrato, del que nace para él una obligación jurídica de trabajo, esperando obtener con ello, en virtud del mismo contrato, una ventaja paralela —la retribución—, a la cual quedó obligado recíprocamente el empleador.

Partiendo de un entendimiento del paradigma normativo del contrato bilateral en el Código civil en el sentido indicado, es posible configurar con cierta independencia y autonomía las obligaciones de las partes, en virtud de las cuales devienen recíprocamente acreedoras y deudoras. Tal independencia de las obligaciones no perjudica esencialmente el equilibrio de las prestaciones ni la buena fe de los contratantes. La justicia de cada contrato, como instituto jurídico con una proyección social y ética, impone unos condicionamientos extrínsecos en la elaboración de su *régimen*, que no afectan, sin embargo, a su estructura. Sobre el contrato de trabajo los regímenes positivos están operando una remodelación continua del contenido de las obligaciones de las partes, que rompen su equilibrio formal, entendido como correspondencia causal y simétrica de las obligaciones de las partes. Lo que son quiebras múltiples de la bilateralidad para la teoría del *synallagma* aparecen, en cambio, como aproximaciones del régimen regulador en la búsqueda, por la ley, de una mayor justicia del contrato. Estas aproximaciones no destruyen la esencia de la bilateralidad, que está referida al momento de constitución del vínculo, a la formación de su estructura, mientras que el régimen de las obligaciones está embebido en la ley, componente primario de la justicia del mismo contrato. La referencia del artículo 1.135 del *Code civil* francés a la proyección reguladora que «la equidad, el uso o la ley den a la obligación según su naturaleza» (55), no han pasado de forma tan clara al artículo 1.258 del Código civil español. Ahora bien, es esta justicia el principio absoluto en materia de contratación, la que preside y colorea la actividad jurídica de los intercambios entre los individuos, lo que se denominaba *synallagma* en las fuentes griegas (56) y el tomismo recogerá como contenido de la justicia conmutativa (57).

La ilustración filosófica no es, ni mucho menos, vana en este

(55) La redacción de dicho artículo es: «Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnet à l'obligation d'après sa nature».

(56) Cfr. DESTOTOPOULOS, C.: *La notion de synallagma chez Aristote*, *cit.*, págs. 116-118.

(57) PIEPER, J.: *Justicia y fortaleza*, traducción de M. Garrido, Madrid, 1968, págs. 92-104.

momento del análisis jurídico del contrato de trabajo. En virtud del mismo se lleva a cabo *un cambio* de trabajo por retribución. ¿Pero es posible este cambio? No lo es si es imposible reducir el trabajo a un precio, como es factible con una mercancía. En un sentido más profundo, el trabajo contratado no sólo da derecho a una retribución, sino que, además, es título por sí propio para el nacimiento de ciertos derechos en la persona de quien lo presta, que no tienen una derivación patrimonial exclusivamente. El cambio y aumento de contenido de las obligaciones de empleador y trabajador, traducen esta dificultad de ajuste de las prestaciones recíprocas. Y es que, en definitiva, en el contenido del contrato de trabajo se acusa con especial intensidad la dificultad de realización de la justicia en los intercambios: «Jamás —dice PIEPER (58)— podrá ser, por ende, la igualdad de la justicia *instituida* definitivamente y de una vez por todas; más bien ha de ser en todo momento *vuelta («iterato») a instituir*, restituida. La *reducción a la igualdad*, que, al decir de TOMÁS, acontece, en la *restitutio*, es una tarea infinita».

III. CARACTERIZACION DOGMATICA DEL REGIMEN REGULADOR

El concepto de contrato bilateral que se ha apuntado en sus líneas generales, impone el quehacer adicional de extraer las consecuencias que de él se siguen en orden a un entendimiento de los caracteres que nos muestren, con mayor exactitud, su identidad interna. Entre estos caracteres ocupa un lugar destacado el carácter consensual del contrato de trabajo, la onerosidad, la conmutatividad o aleatoriedad del mismo, así como el originar una relación de ejecución continuada provista simultáneamente de un contenido patrimonial y jurídico-personal.

1. *La consensualidad y el contrato de trabajo.*

La afirmación pura y simple según la cual, mediante el poder de la voluntad se crea el contrato de trabajo, lógicamente excluye que en este tipo contractual se exija la efectiva prestación de trabajo para su perfeccionamiento; este último pertenece a la fase de ejecución del contrato, mientras que la formación del mismo se agota en la integración de su estructura, del modo que a continuación se detalla (59). Por lo demás, en los contratos consensuales aparece aún

(58) *Op. cit.*, pág. 103.

(59) Atendiendo a una formulación tradicional se traza la división entre contratos «consensuales» y «reales»; estos últimos precisan para su constitución o formación, además del consentimiento, de la entrega de la cosa. La doctrina cuestiona si los contratos que se han venido considerando como reales (mutuo, comodato, depósito y prenda), «lo siguen siendo o no en nuestro Derecho, o si el considerarlos como tales es un falso concepto, producto de arrastre histórico». ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil*, II, *Derecho*

con mayor evidencia, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 1.254 y 1.258 del Código civil, que la creación de la relación contractual tiene lugar desde que las partes «consienten obligarse». Partiendo de esta afirmación normativa, no se ve razón para que en los contratos con prestaciones recíprocas se busque una fundamentación adicional al nacimiento de las obligaciones principales en la interdependencia causal de las mismas, lo que aparece como un *bis in idem*, ajeno a las fuentes y al Derecho histórico. En definitiva, ello supondría exigir una doble y excluyente fundamentación del carácter constitutivo del vínculo contractual en los contratos bilaterales, que no se exige en las restantes obligaciones contractuales.

Es en el propio contrato de trabajo donde reside el título y la causa de existir para las obligaciones de trabajador y empleador, sin que el nacimiento de las mismas o su posterior subsistencia necesite fundamentarse en una causalidad recíproca.

La afirmación precedente supone aceptar la noción de causa del contrato en el Derecho español propuesta por DE CASTRO (60): La estructura contractual se integra por la prestación del consentimiento «sobre la cosa y la causa» que han de constituir el contrato (art. 1.262 del Código civil). Ahora bien, explica DE CASTRO (61), para que tenga sentido este artículo en relación con el anterior, el 1.261, ha de entenderse «no como la causa de cada obligación que se establezca, sino como diciendo causa de la relación obligatoria originada. Es cierto que el artículo 1.274 se refiere a cada parte al tratar de la causa de los contratos onerosos, pero considera en ellos unitariamente como causa de todo el contrato el oficio o beneficio...» (62). En síntesis, desde un punto de vista objetivo, la causa del contrato de trabajo es su finalidad práctica protegida por el Derecho: el intercambio de trabajo dependiente por retribución (63). La inclusión de la dependencia en la connotación contractual está referida al modo de realizarse la prestación de trabajo, complementando la causa típica señalada: esto es, colaborando el trabajador con el fin de organización creado por el empresario (64).

de obligaciones, cit. pág. 304. En verdad, los contratos consensuales son la regla, puesto que el artículo 1.258 —«Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento»...—, tiene carácter general, y los reales la excepción. DE CASTRO ha identificado el preciso significado que tiene la entrega para la eficacia de los contratos llamados reales, estimándola como requisito complementario o formal, que refuerza el consentimiento de los contratantes en unas relaciones obligatorias gratuitas, como lo son el préstamo, el depósito y el comodato. Vid. *El negocio jurídico*, cit., págs. 286-287. Cfr. Un tratamiento de dicha especie de contratos en JORDANO, J.: *La categoría de los contratos reales*, Madrid, 1958.

(60) *El negocio jurídico*, cit., págs. 185 y sigs.

(61) *Op. cit.*, pág. 186.

(62) *Op. y loc. cit.*

(63) ALONSO GARCÍA, M.: *Derecho del Trabajo*, T. II, Barcelona, 1960, pág. 227. SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: *Apuntes sobre la causa del contrato de trabajo*, R. T. (1961), págs. 1881-1894.

(64) PERSIANI, M.: *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966.

a) *Perfección consensual y enriquecimiento institucional.*

El efecto constitutivo de las obligaciones de trabajador y empleador en el momento de la perfección del contrato se conecta, en la configuración normativa del artículo 1.258 del Código civil, a la producción de unos efectos jurídicos que exceden del exclusivo contenido regulador del acuerdo. Esta solución normativa excusa de la búsqueda de otras construcciones para explicar el aumento de contenido que experimenta la relación de trabajo tras incorporarse el trabajador a la empresa y recibir órdenes que concretan su deber de prestación. Ha sido este, sin embargo, uno de los puntos que han aparecido como más polémicos desde la perspectiva de la construcción dogmática. Basta recordar, a título de ejemplo, la tesis de NIKISCH más reciente: el trabajador se obliga no a reiteradas prestaciones singulares, sino sólo a la entrada en la empresa o en el círculo de vida del dador de trabajo (65); o la más alambicada y virtuosista propuesta por SUPPIEJ: «la relación de trabajo no supone una sola obligación creada en el acto de estipulación del contrato, sino una pluralidad de obligaciones de trabajo, cada una de las cuales necesita para constituirse que el empleador imparta órdenes para la ejecución del trabajo» (66).

Ninguna de estas construcciones se estima tiene entrada en nuestro Derecho positivo, resultando el planteamiento de la cuestión mucho más simple. En concreto, el poder de dirección empresarial (67) no es un elemento de la estructura del contrato de trabajo, que sea preciso para la constitución y el nacimiento de las obligaciones recíprocas de las partes, sino un elemento *integrador de los efectos finales* del mismo (68). El apoyo normativo que presta a esta constitución

págs. 255 y sigs., espec. MENGONI, L.: *Contratto e rapporto di lavoro*, en «Riv. delle società» (1965), págs. 680 y sigs., espec.

(65) *La incorporación y su significado para el Derecho del Trabajo*, R. P. S. n.º 49 (1961), págs. 12-14. No obstante, NIKISCH claramente señala: «Sólo si se reconoce que la pertenencia a la empresa no es otra cosa que la relación de trabajo en estado de cumplimiento deviene de situación fáctica a relación jurídica y sólo si se equipara la relación de trabajo en estado de cumplimiento con la pertenencia a la empresa, se la puede concebir como relación comunitaria». *Op. cit.*, pág. 17. Sobre otros planteamientos doctrinales paralelos, vid. por todos, RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: *Contrato de trabajo y...*, cit., págs. 37 y sigs.

(66) *La struttura del rapporto di lavoro*, I, Padova, 1957, espec., páginas 94-104 y 116-118.

(67) MONTROYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Madrid, 1965, págs. 22-24.

(68) Esta construcción ya fue puesta de relieve por ALONSO GARCÍA, M.: *Derecho del Trabajo*, T. II, cit., pág. 343, espec. La construcción de SUPPIEJ es mucho más compleja: De una parte, admite que el contrato de trabajo no es un supuesto negocial de formación sucesiva: no está en vías de formación hasta a determinación del trabajo a ejecutar, sino que está válidamente formado, se difiere sólo de la producción de sus efectos.

No obstante, las órdenes singulares para la ejecución del trabajo son necesarias para hacer surgir las obligaciones de trabajo, no siendo idóneo el supuesto contractual sólo para hacer surgir estas obligaciones de trabajo.

el artículo 1.258 del Código civil, cuya originalidad ha destacado la doctrina recientemente (69), se explicita diciendo: el deber de trabajo y el recíproco de retribución existen como tales desde que el contrato se perfecciona, y también desde entonces existe la causa de las singulares prestaciones de trabajo que se especifican mediante el poder de dirección. Desde esta perspectiva del régimen contractual español, el ejercicio del poder de dirección y las singulares obligaciones de trabajo no son más, según los términos del artículo 1.258 del Código civil, que consecuencias conforme a la naturaleza del contrato de trabajo, que están *in obligatione* desde el principio, esto es, desde que el contrato se constituye.

b) *Prestación salarial y contrato de trabajo nulo.*

Se trata del supuesto regulado en el artículo 55 de la L. C. T.: «En caso de que se anulare un contrato, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiere prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido, salvo si la nulidad proviniera de voluntad maliciosa del trabajador». Los planteamientos explicativos del deber de retribución en estos casos, se realizan desde bases muy diferentes (70): nulidad *ex nunc* del contrato; como equivalente de una acción de enriquecimiento injusto tasada legalmente al nivel del salario del contrato nulo; creación *ex lege*, o por la incorporación, de una relación obligatoria provisional y superpuesta al contrato nulo; etc.

La solución puede plantearse con mayor simplicidad y coherencia a partir del paradigma de contrato bilateral descrito: Se trata, en última instancia de uno de los puentes de equidad a que se aludía, protegiéndose la buena fe del trabajador dejando viva la obligación retributiva del empleador. Emergen aquí los principios canónicos templando la rigidez de la técnica contractual romanista. A la postre, lo que se afirma en la ley es que puede existir una verdadera obligación retributiva aun siendo nulo el contrato e inexigible el deber de

Por ser ello así, según SUPPIEJ, la fuente de estas obligaciones singulares no está en el contrato. Se necesita que concurra con el contrato un elemento extrínseco al mismo: las disposiciones singulares para la ejecución del trabajo. «Sembra dunque doversi concludere che fonte di ogni singola obbligazione di lavoro e una fattispecie complessa, questa si a formazione successiva, nella quale il contratto di lavoro e le disposizioni per l'esecuzione del lavoro entrano come elementi». *Op. cit.*, pág. 117.

(69) CREMADES, B. M.: *La regulación contractual unitaria*, RPS, n.º 80 (1968), pág. 16, así como la referencia del mismo a la obra de KÖPKKE: *Typen der positiven Vertragsverletzung*, Stuttgart, 1965.

(70) BORRAJO DACRUZ, E.: *La teoría de la relación de trabajo en el Fuero del Trabajo*, RT. n.º 2 (1963), págs. 184 y sigs. GARCÍA DE HARO, R.: *La posición jurídica del trabajador subordinado*, Madrid, 1963, págs. 86 y sigs. ALMANSO PASTOR, J. M.: *La prestación laboral en caso de nulidad de contrato de trabajo*, R. P. S., n.º 67 (1965), págs. 37 y sigs. RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: *Contrato de trabajo y relación...*, cit., págs. 15 y sigs.

(71) Por ser inválido el contrato no surgen verdaderas obligaciones recíprocas. Sólo cuando tiene lugar la prestación de trabajo en base a tal apa-

trabajar (71). Esta protección de la buena fe del trabajador no procede en los casos en que la nulidad se origine por voluntad maliciosa del trabajador, ni cuando el objeto sea ilícito o inmoral: en uno y otro caso falta «la ocupación legítima y confiada» a que se refiere BORRAJO DACRUZ (72).

2. La onerosidad del contrato de trabajo.

«Un contrato, como un negocio, dice DE CASTRO (73), se considera oneroso cuando cuesta a cada parte hacer o prometer una prestación en favor de la otra». La onerosidad es, sin embargo, una característica referible ampliamente a los actos jurídicos, que pueden realizarse a título oneroso o gratuito, no exclusiva, por lo tanto, de los contratos. La onerosidad supone, en síntesis, un cambio de bienes o servicios valorados económicamente y, además una proporcionalidad o equilibrio objetivo (y, ocasiones, sólo subjetivo), entre ventajas y sacrificios (74).

No cabe duda sobre la calificación onerosa de la causa del contrato de trabajo, partiendo de la definición de esta nota contenida en el artículo 1.274. Ahora bien, el contrato de trabajo no es bilateral por ser oneroso (75); sino que es oneroso porque es bilateral. «Los con-

riencia contractual, por la ley se constituye una obligación retributiva *ex tunc*, esto es, desde que se inició el trabajo y sólo respecto del ya prestado.

(72) *Op. y loc. cit.*

(73) *El negocio jurídico*, cit., pág. 262. Vid. también, TILOCCA, E.: *Onerosità e gratuità*, «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1953, págs. 53 y sigs.

(74) CASTÁN, J.: *Derecho Civil Español*, T. III, cit. págs. 385-386. en especial, la nota (n.º 4) sobre el concepto de equivalencia como nota de los contratos onerosos. «No debe atribuirle a la equivalencia un riguroso significado de perfecta correspondencia económica entre las dos prestaciones. Basta con que esa equivalencia actúe en la apreciación subjetiva de las partes. Los autores hablan así de una equivalencia *objetiva* y una equivalencia *subjetiva*». Un criterio contrario a la equivalencia objetiva e igualdad de valoración de las prestaciones, se sostiene en la S. T. S. (Civil), de 23 de febrero de 1951: ... «que si hubiera de concurrir en todo contrato, sería contraria al fundamental principio que preceptivamente establece el artículo 1.255 del Código civil». También, ALONSO PÉREZ, M.: *Sobre la esencia...*, cit., págs. 55 y sigs. Desde el punto de vista de la justificación causal plantea el tema DE CASTRO: «En su manifestación más típica (la onerosidad) consiste en una mutua transmisión de bienes, de modo que la pérdida que para cada parte suponga se vea compensada o reemplazada patrimonialmente por el beneficio adquirido o coste de la otra. Lo que hace se presuman en el negocio las notas de seriedad y justificación; es el *quid pro quo* en el que se basó también la *consideration* del Derecho inglés; característica a la que el Código se refiere; como adecuada «mayor reciprocidad de intereses» (art. 1.289, párrafo 1.º). *Op. y loc. cit.* Cfr. también, MANCINI, G. F.: *La «consideration» nel diritto nordamericano dei contratti*, «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1953, págs. 1039 y sigs.

(75) GAUDEMET, E.; DESBOIS, H., y GAUDEMET, E.: *Theorie générale des obligations*, cit., pág. 23: «Ce qui fait le contrat a titre onéreux, ce n'est pas necessairement la reciprocité d'avantages; or, ceci se rencortre dans tout les contrats synallagmâtiques, mais peut aussi se rencontrer dans les contrats unilateraux... Donc, tout contrat synallagmatique est à titre onéreux; mais la reciproque n'est pas vraie et il y a des contrats à libre onéreux qui ne sont pas synallagmatiques».

tratos bilaterales, expresa ALBALADEJO (76), son siempre onerosos, porque el derecho que cada parte consigue, al obligarse la otra a su favor, lo obtiene sacrificándose al obligarse él, a su vez, a favor de aquélla. Más, no todos los contratos onerosos son bilaterales, pues, a veces, el beneficio que de una parte recibe a cambio de su obligación, es una prestación *actual*, y no que la otra parte quede obligada a su favor». Se trata, en efecto, de calificaciones de distinta naturaleza: el contrato bilateral supone la producción de dos obligaciones recíprocas; la bilateralidad es una nota que afecta, por tanto, a la estructura. La onerosidad, en cambio, se sitúa en el plano de los efectos, porque sólo implica un cambio de atribuciones patrimoniales. La confusión, no obstante, ha sido muy frecuente por la influencia de los canonistas medievales. Ya incidió en ella, en parte, POTHIER (77), y después, entre otros, HOENIGER (78) en Alemania y DE SIMONE (79) en Italia.

En dos cuestiones principales puede centrarse el planteamiento de principio de la onerosidad en la caracterización dogmática del contrato de trabajo: ¿La onerosidad se impone por el ordenamiento como elemento necesario de cualquier relación que tenga por objeto el trabajo dependiente? ¿Puede existir un contrato de trabajo sin obligación de retribuir el trabajo?

Respecto de la primera cuestión, el Derecho del Trabajo español tiene una respuesta equilibrada: las partes de una relación jurídica para la prestación de trabajo tienen libertad de elegir el tipo contractual, en aplicación del artículo 1.255 del Código civil, con los únicos límites de las leyes, la moral y el orden público. Sin embargo, justamente por ser el contrato de trabajo el que reviste el carácter de tipo contractual común para la prestación de trabajo por cuenta ajena (80), en virtud de la presunción del artículo 3.º de la L. C. T., ejerce una atracción para asumir bajo su régimen todas las prestaciones contractuales de trabajo, salvo que haya acuerdo entre las partes, o se pruebe por alguna de ellas se había optado por una figura contractual distinta, o bien se trate de prestaciones de carácter familiar amistoso, benévolas o de buena vecindad. La línea jurisprudencial en este punto es reiterativa: «La regla general, expresa la S. T. S. de 15 de marzo de 1963, es que allí donde aparece una persona participando en la ejecución de una obra o un servicio bajo la dependencia de otra mediante una remuneración de cualquier clase o forma que sea, existe un contrato de trabajo...». Ahora bien, esto no significa que no puedan utilizarse servicios de otra persona sin que

(76) *Op. cit.*, pág. 301.

(77) Ampliamente, ALONSO PÉREZ, M.: *Sobre la esencia...*, cit., págs. 54 y sigs.

(78) *Il contratto con prestazioni corrispettive*, «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1948, págs. 23-50, espec. págs. 48-50.

(79) *Die gemischten Verträge in ihren Grundformen*, Mannheim und Leipzig, 1870, págs. 278 y sigs., cit. por ALONSO PÉREZ, *Op. y loc. cit.*

(80) Vid. *infra*, nota 8.

exista un contrato de trabajo; de ser así, se dice en la S. T. C. de 4 de marzo de 1967, «jamás podrían aplicarse los dos últimos párrafos del artículo 2.º de L. C. T.»., „

Otra alternativa doctrinal se ha planteado en torno al tema del contrato de trabajo gratuito. Como afirmación de partida interesa resaltar que en el Derecho español no cabe el reconocimiento de un modelo típico de contrato de trabajo gratuito, por estar en abierta oposición con lo dispuesto en el artículo 1.º de la L. C. T. No cabe otra actitud que la sorpresa ante el hecho de que tal problema, en apariencia claro, haya consumido muchos esfuerzos de la doctrina (81). La causa explicativa reside en que no se trata de una cuestión bizantina sino de incalculables consecuencias prácticas, porque en ella se involucran supuestos de renuncia y fraude a las leyes, así como el buen fin de las eventuales reclamaciones futuras del trabajador y la imposición de sanciones por infracción de las normas laborales.

Aunque una parte de la doctrina científica (82) haya sostenido que verdaderos contratos de trabajo pueden configurarse excepcionalmente sin retribución, hay que afirmar que en estas posturas sólo está subyacente la estimación cierta de que pueden existir prestaciones laborales que se actúen *affectionis vel benevolentiae causa* mediante un esquema contractual, no desprovistas, por tanto, de una tutela jurídica ni sujetas sólo a una mera sanción moral o social (83), así como la admisión de ciertos supuestos de carácter prevalentemente no patrimonial en los que se puede prestar trabajo para otra persona a título semigratuito o gratuito (contra promesa de adopción o de matrimonio; de transmitirle la gestión o la propiedad de la empresa; etcétera), sin que se llegue a configurar una verdadera obligación retributiva (84).

Visto que pueden existir prestaciones de trabajo dependiente a título gratuito, hay que mantener también, con la mayor claridad, que no serán objeto de contrato de trabajo, porque éste precisa para su existencia de dos obligaciones recíprocas (de prestar el trabajo y de retribuir), situadas en la misma estructura del contrato, no siendo la onerosidad, por tanto, mero elemento de contenido. En definitiva, recogiendo cuanto se ha expuesto, procede insistir en que no es la onerosidad por sí misma, sino su antecedente en la relación

(81) Vid. así una amplia exposición doctrinal en, TREU, T.: *Onerosità e corrispettività nel rapporto...*, cit., págs. 53 y sigs.

(82) Una amplia ilustración sobre el estado de la doctrina en, GHEZZI, G.: *La prestazioni di lavoro nella comunità familiare*, Milano, 1960, págs. 60-66. TREU, T.: *Onerosità e corrispettività nel rapporto...*, cit., págs. 14 y sigs. Hay que señalar como excepción el contrato de aprendizaje, en el cual ciertamente, puede faltar la retribución en ocasiones, pero no por ello faltan dos obligaciones recíprocas: la de enseñanza por —a cambio de— la prestación de trabajo, según se deduce claramente del artículo 124 de la L. C. T. Tiene carácter excepcional la existencia de remuneración del aprendiz al maestro, la cual «no será debida, a no haberse pactado expresamente en el contrato» (art. 124 *in fine*).

(83) GHEZZI, G.: *Op. cit.*, págs. 70-79.

(84) TREU, T.: *Op. cit.*, págs. 72-94.

laboral, esto es, las obligaciones recíprocas que definen el contrato bilateral, las que no pueden faltar (85).

3. *Conmutatividad y aleatoriedad.*

El contrato de trabajo es bilateral y oneroso, lo que no quiere decir tenga siempre carácter conmutativo, porque los contratos onerosos pueden ser conmutativos o aleatorios. La diferencia entre unos y otros reside en que en los primeros el equivalente económico está bien determinado desde el momento de la celebración, mientras que en los aleatorios la determinación de dicho equivalente es incierto para una de las prestaciones, dependiendo del azar en su mismo valor (86). Hasta tal punto la incertidumbre sobre el valor económico del objeto de una de las prestaciones depende del azar, que la doctrina exige esté presente el álea como elemento esencial en el supuesto de hecho y que determine la forma de ser de la prestación en su misma consistencia física (87).

De ordinario, el contrato de trabajo tiene carácter conmutativo, tanto por lo que afecta a la prestación de trabajo (pese a que sobre ella gravite el riesgo de empresa (88) y esté afectada de una relativa indeterminación (89)) como por lo que se refiere a la retribución salarial en la mayor parte de los supuestos. Cabe, sin embargo, el contrato de trabajo aleatorio, como ha puesto de relieve MENGONI (90): cuando la retribución depende de un elemento incierto y ajeno a las partes para concretarse su misma base y no sólo una parte accidental de su entidad y cuantía. De aquí, el que no se introduzca el álea en el contrato por depender la exacta cuantía del salario de una escala móvil, y sí, en cambio, cuando dicha cuantía depende de las comisiones, de la participación en los beneficios o en el producto de la empresa.

Con todo, importa señalar que la connotación aleatoria puede modalizar la prestación retributiva pero no destruir la bilateralidad de las obligaciones del contrato de trabajo y, por tanto, la causa *de cambio* del mismo. El análisis de las situaciones límites no corres-

(85) GHEZZI, G.: *Op. cit.*, págs. 60-65; TREU, T.: *Op. cit.*, págs. 50-61.

(86) DE CASTRO, F.: *El negocio jurídico*, cit., pág. 273-274. ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil*, II, cit., págs. 306-308. ALVAREZ VIGARAY, R.: *Los contratos aleatorios*, «Anuario de Derecho Civil», T. XXI, Fasc. III, págs. 607-642.

(87) ALVAREZ VIGARAY, R.: *Op. cit.*, págs. 612-613 y bibliografía cit.

(88) BAYÓN CHACÓN, G., y PÉREZ BOTIJA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*, cit., págs. 15 y sigs. ROSSI, G.: *Persona giuridica proprietà e rischio d'impresa*, Milano, 1967, págs. 97 y sigs. Cfr. también, ALVAREZ VIGARAY, R.: *Op. cit.*, págs. 612-613.

(89) GIUGNI, G.: *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, págs. 103 y sigs. MENGONI, L.: *Le contrat de travail en droit italien*, en «*Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C. E. C. A.*», París, s/d., págs. 466 y sigs.

(90) *Le contrat de travail...*, cit., pág. 475. CORRADO, R.: *Trattato di diritto del lavoro*. Vol. III, cit., págs. 398 y sigs.

ponde hacerlo en este momento, y baste decir que puede coexistir el contrato de trabajo con el de sociedad en la misma persona del trabajador. En tal sentido, la doctrina jurisprudencial lo ha admitido reiteradamente; así, entre otras, en la S. T. S. de 9 de marzo de 1967, se afirma que: ... «es claro y nada impide... el desdoblamiento en las concurrentes y compatibles calidades de asalariado en una empresa constituida en sociedad anónima y de socio de la misma entidad, dotada de personalidad jurídica independiente de la de sus accionistas». Pero dejará de existir el contrato de trabajo cuando se quiebre el esquema bilateral del mismo, lo cual tiene lugar si desaparece la obligación retributiva como deber de prestación diferenciado y recíproco del de prestar trabajo. A este caso se refiere con claridad la S. T. S. de 18 de marzo de 1967, recogiendo la doctrina anterior de la misma Sala VI, afirmando que, ... «aunque la aportación del socio industrial fuese sólo de tipo manual, si no existía sueldo o remuneración, sea cualquiera su clase y forma de satisfacerla, sino una participación en los beneficios de la empresa, según reiterada jurisprudencia de esta Sala..., es visto que falta la relación específica de trabajo...».

4. *Otras características del contrato de trabajo.*

Como notas características del contrato de trabajo, que no afectan, sin embargo, a su estructura fundamental aunque sí al contenido de las prestaciones y a su régimen, hay que mencionar la ejecución continuada, de una parte, y su doble contenido patrimonial y jurídico-personal, de otra.

a) *La ejecución continuada en la relación de trabajo.*

El contrato de trabajo se incluye entre los contratos de ejecución continuada, esto es, entre los que generan relaciones jurídicas en las cuales el dilatarse el cumplimiento en el tiempo es, como dice MESSINEO (91), condición necesaria para que el contrato produzca el efecto querido por las partes. Se trata de un cumplimiento que se distribuye o reitera en el tiempo, sin que con ello se multipliquen las obligaciones de prestación de las partes, que son únicas y las mismas desde el momento de constitución del contrato, aunque se interrumpa el cumplimiento. La unidad de las obligaciones de las partes, junto a la dificultad de configurar períodos de ejecución distintos y autónomos, tanto del lado del trabajador —en la prestación de trabajo—, como del lado del empleador —en la salarial—, es lo que desaconseja, así lo apunta ALONSO OLEA (92), seguir utilizando para el de trabajo la expresión de contrato de tracto sucesivo, máxime después del intento de DEVOTO (93) de pretender configurar una pluralidad de

(91) *Contratto*, Milano, 1961, págs. 145-146.

(92) *Introducción al Derecho del Trabajo*, Madrid, 1968, págs. 158-159.

(93) *L'obbligazione a esecuzione continuata*, Padova, 1943.

obligaciones separando los períodos de ejecución, y del más complejo de SUPPIEJ (94) en la explicación de la estructura de la relación de trabajo.

La protección de la estabilidad del empleo toma razón de este carácter durable del cumplimiento del contrato de trabajo, presumiendo que como durable hay un interés del trabajador en la permanencia en el puesto de trabajo ya conseguido por él, que constituye su medio fundamental de vida (95), lo que ha llevado a los ordenamientos a una aproximación del régimen extintivo de las relaciones de trabajo de duración indefinida a las de duración determinada, ya sea objetivando el mero arbitrio o tipificando unas justas causas de la extinción (96), y convirtiendo las que son causas suficientes para proceder a la extinción por imposibilidad temporal del cumplimiento en meras causas suspensivas, en la medida en que no significan un incumplimiento definitivo.

b) *El contenido patrimonial y jurídico-personal.*

El contenido del contrato de trabajo es, en cuanto relación obligatoria, de carácter patrimonial para el empleador y trabajador. Es ésta una conclusión que se impone como necesaria tras afirmar que el contrato de trabajo genera obligaciones recíprocas cuya función reside en proporcionar a las partes un cambio entre bienes valiosos. Ahora bien, por ser la buena fe un criterio interpretativo y aplicativo de la *lex contractus*, en la relación de trabajo aparecen también unos deberes de conducta para las partes, que coexisten junto a los deberes recíprocos de prestación (97). En tales deberes priman los aspectos jurídico-personales, tratándose, de otra parte, de deberes autónomos, lo cual los distingue de las «obligaciones complementarias accesorias (*Nebhepflicht*)» (98), que se conectan a los deberes de prestación de cada una de las partes (99). Entre aquellos deberes autó-

(94) Vid. *infra*, texto correspondiente a la nota 68.

(95) Sobre el tema, mi trabajo: *La estabilidad en el empleo en el ordenamiento laboral español*, Separata del n.º 4 de la «Revista de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales», Universidad Nacional de Trujillo (Perú), especialmente págs. 11-16. Más recientemente, *La estabilidad en el empleo*, en el volumen «Régimen Laboral» (1), de la Serie «España y el Mercado Común Europeo», Barcelona, 1971, págs. 63-73, espec. RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: *El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928*, R. P. S., n.º 74 (1967), págs. 32-36.

(96) RIVERO LAMAS, J.: *La estabilidad en el empleo*, cit., págs. 255-257.

(97) MENGONI, L.: *Le contrat de travail*, cit., págs. 486-493. CORRADO, R.: *Trattato de diritto del lavoro*, V. III, cit., págs. 464 y sigs.

(98) Recientemente sobre el tema, DIÉGUEZ, G.: *La fidelidad del trabajador en L. C. T.*, Pamplona, 1969. CESSARI, A.: *Fedeltà, lavoro, impresa*, Milano, 1969. ASSOCIAZIONE ITALIANA DI DIRITTO DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE: *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, Milano, 1970. FAMILIARI, R.: *L'obbligo di fedeltà nella struttura del rapporto di lavoro*, «Il Dir. del lav.», 1970, I, págs. 458-461.

(99) MENGONI, L.: *Op. cit.*, págs. 490-491. En general, Díez PICAZO, L.: *Lecciones de Derecho Civil*, II, *Derecho de obligaciones*, cit., págs. 277-278.

nomos se encuentran: por lo que al trabajador se refiere, la prohibición de soborno, el deber de secreto y el deber de no concurrencia; del lado del empleador, el deber de protección y seguridad.

IV. TOPICA Y SISTEMA EN LA CONTRATACION LABORAL.

Analizada la estructura y los caracteres del contrato de trabajo, se trata a continuación de constatar si el régimen regulador del mismo puede explicarse con mayor coherencia desde el paradigma contractual propuesto. Este régimen regulador del contrato de trabajo puede considerarse en buena medida, como más adelante se detalla, a modo de un tejido de respuestas tópicas a una serie de problemas concretos y peculiares del contrato de trabajo, instituto jurídico muy afectado históricamente en su origen y desarrollo por las condiciones de vida y trabajo de las sociedades industriales.

Del examen de las soluciones del Derecho del trabajo sobre el régimen del contrato entre empleador y trabajador, bajo el prisma del paradigma normativo descrito, se desprende que el esquema romano de contrato consensual, actualizado por nuestro Derecho histórico, continúa manteniendo consistencia para articular el sistema de contratación del Derecho común español, del cual forma parte la contratación laboral.

1. *Los salarios de inactividad.*

¿Puede subsistir la obligación salarial sin la prestación de trabajo? Los salarios de inactividad apoyan una respuesta en sentido positivo. Tres especies de aquellos se encuentran en nuestro Derecho positivo: las indemnizaciones por espera o impedimentos en el trabajo, las ausencias retribuidas y las interrupciones abonables (domingos, festivos no recuperables y vacaciones anuales).

Respecto del primer grupo, el artículo 37 de la L. C. T. considera forma parte del salario no sólo la «retribución directa e inmediata» de la labor del trabajador, sino también, entre otros complementos, «las indemnizaciones por espera, por impedimentos o por interrupciones del trabajo»; a ellas se refieren los artículos 47 y 80 de la Ley de Contrato de Trabajo. El primero de estos preceptos se refiere a los supuestos de *mora accipiendi*: retraso del empleador en dar trabajo o que éste no pueda prestarse por alguna causa «imputable al empresario y no al trabajador». El artículo 80 regula el procedimiento para la suspensión de los efectos del contrato cuando el trabajo no pueda prestarse por causa no prevista ni imputable al empresario. El Decreto de 21 de septiembre de 1960 incluye estas partidas retributivas entre los complementos que denomina «premios» (100). En todos estos supuestos es claro existe una quiebra del estricto concepto.

(100) Artículo 3, 1-2 en la nueva redacción del Decreto 323/1962, de 15 de febrero.

de salario según la teoría del sinalagma, bajo cuya perspectiva sólo lo serían las cantidades que tuvieran su causa directa en el trabajo prestado (101).

De otra parte, las ausencias retribuidas constituyen un grupo provisto de especiales características. A tales ausencias se refieren los artículos 67 y 68 de la L. C. T.: muerte o entierro de algunos familiares, cumplimiento de deberes inexcusables de carácter público, los cuatro primeros días de enfermedad, etc., así como las ampliaciones de que han sido objeto estas interrupciones por disposiciones reglamentarias posteriores, como el Decreto de 2 de junio de 1966 en lo que afecta a las ausencias retribuidas de los cargos sindicales, o las resoluciones, formalmente sólo interpretativas (102), de 28 de enero y 3 de junio de 1960 de la Dirección General de Trabajo, sobre abono del tiempo invertido para ir a los ambulatorios de la Seguridad Social, así como todas las ampliaciones de estas licencias establecidas en las Reglamentaciones de Trabajo y Convenios Colectivos.

Finalmente, a un tercer grupo de salarios de inactividad cabe referirse con relación a la retribución de los domingos, festivos no recuperables y vacaciones anuales (D. 25 de enero de 1941, art. 48, L. C. T. art. 35).

La elaboración doctrinal de estas excepciones al principio de la postmuneración, intentando una revisión del concepto de salario como equivalente económico causalmente conectado al trabajo que se presta, ha sido, ciertamente, muy variada. Para evitar atribuirles carácter salarial se ha recurrido a una gama de teorías de lo más diferentes: Según unos, se trataría de prestaciones asistenciales o de seguridad social a cargo de la empresa (103), o de un *corrispettivo accantonato*, por el trabajo realizado antes de la pausa o interrupción (104); para otros, deben conceptuarse como prestaciones del empleador que se corresponden con la puesta a disposición, pero no directamente con el trabajo (105). Sin embargo, en los últimos tiempos, tanto la jurisprudencia como la doctrina científica convergen en afirmar que tales salarios de inactividad son auténticamente salarios (106).

(101) GHEZZI, G.: *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965, espec. págs. 107-245. TREU, T.: *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, cit., págs. 195 y sigs.

(102) VILLAR PALASÍ, J. L.: *El mito y la realidad en las disposiciones aclaratorias*, Madrid, 1965. MEILÁN GIL, J. L.: *La distinción entre norma y acto administrativo*, Madrid.

(103) Una amplia exposición en, TREU, T.: *Onerosità e corrispettività...*, cit., págs. 348-355 y bibliografía cit.

(104) Vid. la exposición y crítica de estas posiciones en TREU, T.: *Onerosità e corrispettività...*, cit., págs. 288 y sigs.

(105) Vid. TREU, T.: *Op. cit.*, págs. 330 y sigs.

(106) DE LA VILLA, L. E.: *Configuración jurídica de las vacaciones anuales retribuidas*, R. P. S. n.º 81 (1969), págs. 130-135. En cualquier caso, a una solución distinta ha de llegarse en aquellos ordenamientos en los cuales el pago de la vacación anual retribuida sea una prestación de seguridad social, como en Bélgica. Las calificaciones jurisprudenciales no son ciertamente abundantes y, como hace constar DE LA VILLA, en ellas se «ha dudado pe-

El valor inductivo que brindan estas excepciones al principio de postmuneración es el de señalar la independencia del régimen jurídico de las obligaciones recíprocas que nacen del contrato de trabajo, apareciendo el salario contractual como la contrapartida de la obligación de trabajo, pero no de la actuación misma del deber de prestación de tal obligación. En esta línea, ha puesto de relieve LYON-CAEN (107), existe una tendencia a disociar el salario del trabajo efectivamente realizado o, más exactamente, a establecer una correlación global entre trabajo y salario. Más lejos ha llevado la estimación de estas excepciones RODRÍGUEZ PIÑERO (108), al afirmar que, «la propia estructura de la obligación de trabajo explica que no deba necesariamente vincularse el sinalagma a prestaciones efectivas y concretas de trabajo, y vincularse más bien a la función» que el trabajador desempeña en la empresa. Es éste un intento de sustituir la relación de causalidad de las obligaciones recíprocas, afirmada por las versiones estrictas de la teoría de sinalagma, por una relación funcional. Sin embargo, ello supone seguir planteándose el problema en los términos tradicionales. La solución hay que buscarla en otro plano.

En concreto, no hay necesidad de empeñarse en establecer una relación entre el trabajo efectivamente prestado y el salario debido. Este planteamiento supone volver a sacar la causa de las obligaciones recíprocas del contrato de trabajo (de la obligación de trabajo y de la salarial) de la estructura del contrato, para situarla en cada una de las obligaciones. La correlación que existe en la fase de cumplimiento entre las atribuciones patrimoniales del empleador y trabajador es un problema de *régimen regulador* del contrato, en muy pequeña parte moldeado por las partes en el de trabajo y, en contraste, en parte muy extensa moldeado por los poderes normativos que proyectan su eficacia imperativa sobre la relación jurídica creada por las partes.

2) *La imposibilidad sobrevenida y los supuestos suspensivos.*

Otro haz de problemas se plantean para la identificación de la estructura del contrato de trabajo con la incidencia de los supuestos de imposibilidad de cumplir de cualquiera de las partes. CORRA-DO (109) ha puesto de relieve la gran importancia que reviste el tratamiento de la doctrina del riesgo en la relación de trabajo, tanto en el plano de los principios generales, por la muy difundida convicción de que el régimen general de los riesgos encuentra una derogación respecto de las relaciones de duración, como en el ámbito jurídico-

ligosamente quizá, en base a garantizar el descanso efectivo y a condenar, por vía de principio, las compensaciones».

(107) *Les salaires*, Vol. II, del «Traité de Droit du Travail», publicado bajo la dirección de G. CAMERLYNCK, París, 1967, págs. 4-6 y 63-64, espec.

(108) *Derecho del Trabajo* (Apuntes de cátedra), Curso 1967-68, pág. 216.

(109) *Trattato di diritto del lavoro*, Vol. III, cit., págs. 537 y sigs.

laboral en concreto, en el cual la disciplina de los riesgos es objeto de una regulación particular. No obstante, las divergencias doctrinales se han atenuado, si es que así puede entenderse la evolución doctrinal, desde el momento en que se ha pasado de la afirmación de la regla tradicional *casum sentit cenditor* en las relaciones sinalagmáticas, a un análisis más profundo que trata de imponer justamente el principio contrario, esto es, que *casum sentit debitor* (110).

Por lo que ahora nos importa, es lo cierto que el *periculum obligationis*, o riesgo relativo a la imposibilidad de cumplir de cualquiera de las partes, tiene un planteamiento de principio diferente según se parta de la estricta teoría del sinalagma o del paradigma normativo de contrato subyacente en nuestro Derecho positivo, aun cuando la solución a que se llegue sea la misma.

Partiendo de la teoría de sinalagma, los supuestos de imposibilidad sobrevenida determinan una anomalía funcional en la causa del contrato; más ajustadamente, la causa llega a faltar en la fase de cumplimiento del contrato bilateral cuando se produce la imposibilidad para cualquiera de las partes de llevar a término su prestación. Tal es la construcción propuesta por CARIOTA FERRARA (111) y SAN-TORO PASSARELLI (112), entre otros. Resulta, sin embargo, verdaderamente anómalo que estando presente la causa en el momento de constitución del contrato, pueda faltar en un momento posterior, ante el incumplimiento de cualquiera de las partes o la imposibilidad sobrevenida, lo que llevaría a reconocer una indiscutible eficacia extintiva a aquél y a ésta, por su misma producción, conclusión, además de inexacta, incongruente con los principios de nuestro sistema de contratación.

Desde la perspectiva del Derecho romano, la imposibilidad sobrevenida, que comprende los supuestos de fuerza mayor y caso fortuito, se resuelve en un problema de imputación de las consecuencias derivadas de su actualización; que es lo mismo que decir de distribución de la carga de la responsabilidad por llegar a ser imposible la prestación de una de las partes (113). En cualquier caso, los juriconsultos romanos no llegaron a elaborar una doctrina reguladora de las consecuencias derivadas de la incidencia de los riesgos en los contratos consensuales, sino que ante problemas reales específicos fueron dando

(110) CORRADO, R.: *Op. y loc. cit.* Sobre el proceso de acentuación de la responsabilidad del empleador, vid. mi trabajo *Indemnización* (Derecho Laboral). «Nueva Enciclopedia Jurídica», T. XII, Barcelona, 1965.

(111) *El negocio jurídico*. cit., págs. 500-501.

(112) *Nociones de Derecho del Trabajo*, traducción de la 14.^a edición italiana de F. Suárez González, con prólogo de E. Borrajo, Madrid, 1963, pág. 196.

(113) Se trata, en realidad, de diversas técnicas de administración del riesgo contractual elaboradas por los ordenamientos en su desarrollo histórico, como ha puesto de relieve recientemente BESSONE, M., en su magnífica monografía *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, págs. 51-56 y, sobre todo, págs. 99 y sigs.

respuestas concretas, provistas de una particular *auctoritas* para la resolución de posteriores juicios sobre la misma materia (114).

La regulación de la fuerza mayor que recoge el Código civil (115) sigue la técnica romana, actualizada con las posibilidades de una disciplina convencional para que las partes puedan llegar a soluciones de equidad en la atribución de las consecuencias de la imposibilidad de prestación de una de ellas. Este es justamente el tenor de la norma general que se contiene en el artículo 1.105 del Código civil, precepto en el cual se sitúa la regla de liberar de responsabilidad al deudor respecto de aquellos «sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables», cuando no existiera una regulación especial en la ley o en la misma relación obligatoria (116).

Esta distribución equitativa de los riesgos que aparece cristalizada en el actual Derecho común civil, es también la recogida en nuestro Derecho histórico (117), apareciendo con especial lucidez y extensión regulada en el Derecho del Trabajo: De una parte, la L. C. T. señala una serie de situaciones de fortuito en las cuales se imputa la responsabilidad al empleador; son, concretamente, las reguladas en el artículo 47. Para situaciones límites entre la fuerza mayor y el caso fortuito, diferenciación por la que discurre la frontera de la responsabilidad patronal (118), el artículo 80 de la L. C. T., pobre remedo

(114) KASER, M.: *En torno al método de los juristas romanos*, traducción de J. Miquel, Valladolid, 1964, pág. 31.

(115) CASTÁN, J.: *Derecho Civil...*, T. III, cit., págs. 101-102 y 325-326.

(116) Así, una regulación legal especial es la que establece el artículo 1.452 del Código civil para la compraventa, precepto de raíz romanista. ALONSO PÉREZ, M.: Op. cit., pág. 66. BETTI, E.: *Periculum: Problemi del vischio contrattuale*, en IUS, 1954, págs. 358 y sigs.

(117) ARIÑO ORTIZ, G.: *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Madrid, 1968, pág. 31. «El arrendatario únicamente tomará sobre sí el riesgo de pérdida o deterioro de las cosas, cualquiera que sea la causa de ello, si se ha pactado expresamente en el contrato («si cuando logo la cosa, fizo tal pleyto con el señor della, que como quier que acaesciese de la cosa, que fuesse tenuto de la pechar»: ley 8.^a, tít. VIII, Partida V.^a, inciso final). Fuera de este caso y del supuesto de mora en la restitución, no estará obligado a responder del *periculum rei* en la cosa arrendada por casos de muerte, naufragio, incendio, inundaciones y otros supuestos análogos.

«Nuestro Derecho histórico, fiel a la tradición romana, rechaza el criterio de atribución objetiva e indiscriminada de los riesgos al arrendatario». Cfr. ESCRICHE, J.: *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Madrid, 1828.

(118) Partiendo del criterio objetivo de distinción entre caso fortuito y fuerza mayor, propuesto por EXNER y JOSSERAND entre otros, el primero se configura como el acontecimiento «que tiene lugar en el interior de la empresa o círculo afectado por la obligación», mientras la segunda es aquella «que se origina fuera de esa empresa o círculo del deudor, y con violencia insuperable tal que, considerado objetivamente, queda fuera de los casos fortuitos que deben preverse en el curso ordinario o normal de la vida». CASTÁN, J.: *Derecho Civil...*, III, cit., págs. 179-180. Este criterio puede considerarse completado por el propuesto por WALINE, M.: La fuerza mayor impide en todo caso la imputabilidad del accidente, actuando como causa de exoneración, mientras que en caso fortuito, «la circunstancia de que la causa de un hecho dañoso permanezca desconocida no exonera de responsabilidad», si

de la más elástica y realista regulación contenida en el artículo 82 de la L. C. T. de 1931 (119), somete a la decisión de la Delegación de Trabajo o de la Dirección General de Trabajo arbitrar la suspensión de los efectos del contrato, en lugar de imputar la responsabilidad al empleador (120). Por último, en relación con los accidentes de trabajo producidos por caso fortuito («fuerza mayor no extraña al trabajo»), la responsabilidad patronal está admitida desde la primera Ley de Accidentes del Trabajo de 1900 (121).

Para explicar la figura de la suspensión del contrato de trabajo (122), hay que reparar precisamente en las consecuencias que pro-

es que aquella persona era responsable aun sin falta y «no podía ser exonerada más que por la prueba de una causa extraña». *Précis de droit administratif*, vol. I, París, 1969, págs. 552-553. Como concluye ARIÑO ORTIZ, la diferencia entre el caso fortuito y la fuerza mayor radica, «en que la primera rompe la relación de causalidad, y el segundo, por el contrario, supone simplemente ausencia de culpa; operan, pues, en campos distintos dentro de la relación de responsabilidad». *Op. cit.*, págs. 158-159. Este criterio de WALINE responde a la crítica que formula a la teoría objetiva ALBALADEJO, en base al artículo 84 de la Ley de Seguridad Social (Decreto de 21 de abril de 1966), que no distingue entre caso fortuito y fuerza mayor, sino entre una fuerza mayor *extraña* al trabajo y otra *interna* a éste, siendo indemnizables los accidentes producidos por ésta y no por aquella. *Derecho Civil*, II, cit., págs. 120-121. Cfr. el amplio estudio de SOTO NIETO: *El caso fortuito y la fuerza mayor*, Barcelona, 1965, págs. 31 y sigs. espec. En la práctica jurisprudencial son «extremadamente infrecuentes las sentencias que aprecian la llamada excepción de fuerza mayor extraña», hace constar ALONSO OLEA, mientras que la jurisprudencia francesa llega a la solución contraria con un precepto similar al español. Vid. *La responsabilidad por accidente de trabajo*, separata del n.º 3 (marzo-abril), 1971, de R. I. S. S., pág. 15.

(119) Dicho artículo 92 establecía la siguiente regulación: «En los pactos colectivos y en los contratos que se celebren por escrito deberá estipularse si los efectos del contrato podrán o no ser suspendidos temporalmente por causas no previstas ni imputables al patrono, tales como la falta de materiales o de energía necesaria para la actividad de la explotación, huelgas parciales que puedan repercutir en el trabajo contratado y otras análogas, debiéndose además determinar, en caso de admitirse la suspensión del contrato, el tiempo máximo que ésta puede durar y cuándo el obrero dejará de percibir o no su salario». Cfr. HINOJOSA, J.: *El contrato de trabajo*, Madrid, 1932, págs. 241-251, 2.ª edición. Sobre la regulación actual, PÉREZ BOTIJA, E.: *El contrato de trabajo*, Madrid, 1954, págs. 270-272.

(120) Sobre el tema me extendí en mi *Memoria de Oposiciones a Cátedras* (1969), vol. I, págs. 411-433.

(121) En efecto, el artículo 2.º de la Ley sobre Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900, expresaba: «El patrono es responsable de los accidentes ocurridos a sus operarios con motivo y en el ejercicio de la profesión o trabajo que realicen, a menos que el accidente sea debido a fuerza mayor «extraña al trabajo en que se produzca el accidente». El proyecto de E. DATO estaba redactado en iguales términos, pero concluía expresando: «A menos que el accidente fuera debido a fuerza mayor o producido por acto voluntario o falta inexcusable de la víctima». Redacción, sin duda, mucho más precisa y completa.

(122) La tesis que se propone difiere de las formuladas en las monografías sobre el tema, que construyen la figura suspensiva como un tercer camino entre el mantenimiento del deber de prestación del acreedor insatisfecho por imposibilidad sobrevenida del deudor y la posibilidad de pedir la parte gravada por la excesiva onerosidad la resolución del contrato, o utilizar la ex-

duce la fuerza mayor estricta en la exigibilidad de las obligaciones recíprocas de trabajador y empleador.

La fuerza mayor de carácter temporal, justificativa de buena parte de los supuestos suspensivos, no origina con carácter general un derecho de resolución en el empresario o en el trabajador, según del lado de quien esté la imposibilidad, en aplicación del artículo 1.124. Pese a ello, no puede ignorarse que cuando la fuerza mayor imposibilita el funcionamiento de la empresa, el artículo 76, 6.º de la L. C. T. la estima causa extintiva, entendiéndose aquí, con una parte de nuestra doctrina (123), «que no opera *ipso iure* ni automáticamente la extinción del contrato de trabajo, sino que es una causa sobre la que pueden fundamentar las partes su decisión de extinguir» (124), lo que convertiría la decisión extintiva del empleador en «un despido justificado, cuya justa causa consiste precisamente en esa fuerza mayor» (125).

La no exigibilidad temporal de las dos obligaciones principales del contrato de trabajo en que se traduce la figura suspensiva, puede construirse en nuestro Derecho, sin resaltar peculiaridades de principio, en base a los artículos 1.184 y 1.100 del Código civil. La suspensión de los efectos del contrato de trabajo responde esencialmente a lo que es aplicación por el legislador de una solución de Derecho común en los contratos con prestaciones recíprocas. A esta conclusión nos lleva la doctrina jurisprudencial civil, reiterada en las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1941, 24 de septiembre de 1953 y 10 de diciembre de 1963: «Que la fuerza mayor opera unas veces en forma definitiva extinguiendo la prestación del deudor, pero privándole a la vez del derecho a exigir la prestación correlativa, y otras veces opera en forma transitoria, retardando el cumplimiento de la obligación y eximiendo de la indemnización por mora, caso éste en el que generalmente la obligación revive al cesar la actualidad de la fuerza mayor, salvo que el contrato haya perdido su valor por no ser posible ya conseguir la finalidad perseguida por las partes». Aún más, en la S. T. S. (Civil) de 3 de febrero de 1947, se afirma: «... ser este efecto suspensivo total el que corrientemente dimana del daño fortuito y no el de suspensión de la prestación de una de las partes manteniendo en vigor la otra...». No es esta una solución original en el ámbito laboral, ni supone tampoco una ruptura con relación a la prevista por el Derecho común civil para los contratos con prestaciones recíprocas: liberación del deudor al cual le es imposible el cumplimiento y simultánea exoneración de la

cepción de contrato no cumplido. En tal sentido, especialmente: VIDA SORIA, J.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Madrid, 1965, págs. 6-35. LAVAGNINI, G.: *La sospensione del rapporto di lavoro*, Milano, 1961, págs. 8-10.

(123) RIVERO LAMAS, J.: *La estabilidad en el empleo*, cit., págs. 243-244. ALONSO OLEA, M.: *El despido*, Madrid, 1958, págs. 42-44. RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: *El régimen jurídico del despido (II): Leyes de contrato de trabajo y de jurados mixtos*, R. P. S., n.º 77 (1968), págs. 47-53.

(124) ALONSO OLEA, M.: *El despido*, cit., pág. 42.

(125) RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: *El régimen jurídico...* cit., pág. 51.

contraparte. Las peculiaridades del Derecho del trabajo en la materia consisten, fundamentalmente, en los siguientes extremos: 1. En haber establecido la solución suspensiva expresamente en la ley, con lo cual es la única opción aplicable ante la incidencia de la fuerza mayor laboral, entre las varias que brinda el artículo 1.105 del Código civil, al menos por lo que se refiere a las causas suspensivas que afectan al trabajador (cfr. art. 79, L. C. T.: «No podrá darse por terminado el contrato de trabajo...»), debiéndose destacar la posibilidad de una solución extintiva a partir del artículo 76, número 6, tras invocar el empleador la realidad de la fuerza mayor como causa justificada de despido. 2. En la equiparación de efectos a los supuestos estrictos de *vis maior* de situaciones no involuntarias ni impeditas absolutamente de la posibilidad de prestación, tal y como el ejercicio de cargos públicos (126).

3. La resolución por incumplimiento y el despido.

La coexistencia de principios romanos y canónicos en la formación del régimen regulador de las obligaciones derivadas de los contratos bilaterales, ha sido la causa de que una parte de la doctrina española (127) busque la construcción del derecho de despido partiendo del artículo 1.124 del Código civil, tras la tipificación de los supuestos de ilicitud («improcedencia» y «no justificación», en la terminología legal) del mismo. La división doctrinal entre los especialistas españoles es, en este punto, tan sensible y acusada, que huelga cualquier tipo de ilustración sobre el particular en este momento (128).

Conforme a los principios romanos, parece se impone admitir no se precisaba del incumplimiento para que cualquiera de las partes de un contrato consensual pudiera poner término al mismo. «La consensualidad de estos contratos permitía, dice D'ORS (129), que la *obligatio* pudiera extinguirse por el mismo consentimiento resolutorio («*contrarius consensus*») o el *dissensus* de una parte, y que incluso esta resolución pudiera pactarse previamente, supeditada a una condición o término». En relación con el arrendamiento de cosas, figura más elaborada en las fuentes romanas que el arrendamiento de servicios, JÖRS y KUNKEL (130), afirman con seguridad —aunque expresamente hacen constar no pueden aducir en apoyo de tal afirmación textos de tales fuentes—, «que cuando no se hubiera pactado plazo de duración, el contrato se podía dar por terminado unilateralmente

(126) *La suspensión del contrato de trabajo*, cit., págs. 27-35.

(127) ALONSO OLEA, M.: *El despido*, cit., págs. 132 y sigs.; también en, *Derecho del Trabajo*, cit. págs. 211-213. ALONSO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho del Trabajo*, cit., pág. 583.

(128) Sobre el particular ya insistí en mi estudio, *La estabilidad en el empleo en el ordenamiento laboral español*, cit., págs. 31-35. RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: *El régimen jurídico del despido* (II), cit., págs. 24-28.

(129) *Derecho Privado Romano*, cit., págs. 432-433.

(130) *Derecho Privado Romano*, traducción de L. PRIETO CASTRO, Barcelona, 1937, pág. 340.

y sin «previo aviso», dado que, en el Derecho romano, no se conocía la denuncia y menos el que se debiera hacer con cierta anterioridad.

En verdad, estos principios continúan presentes en el Código civil, el cual sólo al tratar de los trabajadores asalariados «por cierto término, para cierta obra», establece la regla de que «no pueden despedirse ni ser despedidos antes del cumplimiento del contrato, sin justa causa». En el actual momento evolutivo del Derecho español del trabajo (131), la facultad de desistimiento (rescisión, en la terminología jurisprudencial) del empleador en las relaciones de trabajo de duración indefinida, que se ejercía según el mero arbitrio del mismo, se ha convertido en un desistimiento reglado para la tutela de la estabilidad en el empleo del trabajador, pero no ha desaparecido como tal derecho potestativo unilateral (132), manteniéndose, incluso, algunos reductos de desistimiento libre (133). Por supuesto, del lado del trabajador la facultad de desistimiento se conserva íntegra, aunque deba ir precedida de la conveniente observancia, en su caso, del plazo de preaviso reglamentario, para evitar la brusca ruptura (134). La configuración del despido a partir del ejercicio de este derecho de desistimiento del empleador, margina las muy graves quiebras a que conduce una aplicación del artículo 1.124 a los distintos tipos de despido (135), evitando soslayar los taxativos límites jurisprudenciales para la aplicación de dicho precepto a los casos de incumplimiento de alguna de las partes en las obligaciones recíprocas (136).

(131) Un balance comparativo de nuestro actual régimen de despidos con el de los países del Mercado Común, se contiene en mi trabajo, *La estabilidad en el empleo*, cit., págs. 255-257.

(132) El carácter híbrido del despido justificado en nuestro Derecho permitiría, dice RODRÍGUEZ PIÑERO, calificarlo de *despido extraordinario ad nutum*; calificación que carece de interés, pues sólo serviría para distinguirlo de los supuestos excepcionales admitidos de despido *ad nutum* puros. Por eso, lo más exacto es afirmar que nuestro despido justificado no se adapta a la distinción entre despidos ordinarios y extraordinarios, que tal distinción no es aplicable en propiedad en nuestro ordenamiento, que conoce un único impuesto de despido legítimo, el justificado, aun cuando diversificando su tratamiento...». *El régimen jurídico del despido* (II), cit., pág. 28.

(133) Tales reductos de desistimiento libre del empleador son, a mi juicio, el período de prueba, el supuesto extintivo de la causa 4.^a del artículo 46 de la L. C. T., y con matices de interés, la denominada jubilación obligatoria por edad. Sobre los mismos, vid., respectivamente, RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: *Naturaleza jurídica del periodo de prueba*, en «Estudios en homenaje a Jordana de Pozas», T. III, vol. III, Madrid, 1961, espec., págs. 106-114. DE LA VILLA GIL, L. E.: *La extinción del contrato de trabajo* (*Un estudio de la causa 4.^a del artículo 76 de la L. C. T.*), Madrid, 1960. RIVERO LAMAS, J.: *Jubilación laboral*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», T. XIII, Barcelona, 1968, págs. 797-822.

(134) MONTOYA MELGAR, A.: *La extinción del contrato de trabajo por abandono del trabajador*, Sevilla, 1967, págs. 46-62.

(135) A tales quiebras me refería en, *La estabilidad en el empleo en el ordenamiento laboral español*, cit., pág. 20.

(136) MOSCO, L.: *La resolución de los contratos por incumplimiento*, con un apéndice sobre «La condición resolutoria tácita» de J. PINTO RUIZ, Barcelona, s/d. PUIG PEÑA, F.: *La culpabilidad y la resolución del negocio jurí-*

dico, en R. G. L. J., T. L, III, 1966, II, págs. 8-26. ESPINAR LAFUENTE, F.: *Resolución e indemnización en las obligaciones reciprocas*, en «Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Castán Tobeñas», T. II, Pamplona, 1969, págs. 110-163, con un apéndice bibliográfico. En la doctrina iuslaborista italiana, operando sobre unos supuestos normativos ya superados, vid. ARDAU, G.: *La risoluzione per inadempimento del contratto di lavoro*, Milano, 1954. En la doctrina jurisprudencial reciente de nuestro país, merecen citarse las sentencias al respecto del T. S. de 12 de febrero de 1970 (Sala III) y 9 de marzo del mismo año (Sala I).