

El riesgo imprevisible en el Contrato de Trabajo

POR

JUAN GARCIA ABELLAN

Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. *Una etapa del Derecho del Trabajo.* 1. La inge-
rencia exorbitante.—2. El carácter limitativo del Derecho del Tra-
bajo.—3. La superación del «estatismo» en la crisis del derecho y
las relaciones de trabajo.

I. ABUSO DE DERECHO Y RIESGO IMPREVISIBLE EN LA CONFIGU-
RACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO.

1. Crisis del «voluntarismo» individualista.—2. Del «legismo»
laboral a la ordenación jurídica del trabajo.—3. Valor laboral de
la teoría del riesgo imprevisible.

II. RECTIFICACIÓN DE LA VOLUNTAD EN LOS PACTOS POR EL
PRINCIPIO DEL RIESGO IMPREVISIBLE.

1. Elaboración juspública de la teoría del riesgo imprevisible.—
2. Incorporación de la teoría del riesgo imprevisible al derecho de
convenciones colectivas de trabajo.—3. Otros alcances de la teoría
del riesgo laboral imprevisible.—4. Observaciones metódicas.

III. RIESGO IMPREVISIBLE Y SEGURIDAD JURÍDICA DEL TRABAJO.

1. La seguridad jurídica y el Derecho del Trabajo.—2. La se-
guridad jurídica desde la empresa.—3. Tratamiento laboral de los
problemas del riesgo.—4. Configuración del riesgo laboral impre-
visible.

IV. EL RIESGO IMPREVISIBLE EN LOS CONTRATOS DE TRABAJO.

1. La contratación individual.—2. Funcionalización de la vo-
luntad en el contrato de trabajo.—3. Fuerza mayor y riesgo im-
previsible en el contrato de trabajo.—4. Técnica laboral del riesgo
imprevisible: la imposibilidad sobrevenida en la tesis del riesgo.



V. TÉCNICA LABORAL DEL RIESGO IMPREVISIBLE.

1. Imprevisibilidad y quebranto necesario.—2. Diversificación de riesgos laborales para el trabajador.—3. Riesgo laboral imprevisible para la empresa.—4. Realización jurídico laboral de la teoría del riesgo imprevisible: efectos.

VI. EL RIESGO IMPREVISIBLE DESDE LOS SUPUESTOS DEL DERECHO DEL TRABAJO ESPAÑOL.

1. La seguridad jurídica y nuestro ordenamiento laboral.—2. El aspecto formal de la cuestión: a) El poder judicial; b) La potestad administrativa; c) La potestad empresarial.

VII. EL RIESGO IMPREVISIBLE EN EL DERECHO ESPAÑOL. POSIBLE APECIACIÓN RESPECTO DEL TRABAJADOR.

1. El principio del resarcimiento y la conducta del trabajador.—2. Las ausencias en el trabajo y su valoración por el principio del riesgo, a la luz de la Ley de Contrato de Trabajo.—3. Las ausencias en el trabajo y las Reglamentaciones.—4. Riesgos derivados de la determinación geográfica del lugar de la prestación: a) Plus de distancia; b) Plus compensatorio por elevación de tarifas de transporte; c) Plus por cambio de lugar habitual de trabajo; d) Quebrantos por cambios de residencia impuestos por la prestación.—5. Riesgos derivados de las circunstancias en que se realiza la prestación.—6. Riesgos derivados de imprevisión habida en el cálculo de ganancia: a) Imposibilidad transitoria de trabajar a destajo; b) Onerosidad excesiva en los regímenes de tareas, primas o destajos; c) Perjuicio económico para el «inventor».

VIII. EL RIESGO IMPREVISIBLE EN EL DERECHO ESPAÑOL. SU APECIACIÓN RESPECTO DE LA EMPRESA.

1. Rectificación empresarial de lo sobrevenido por el principio del «ius variandi»; a) El «ius variandi» como arbitrio para rectificar efectos de riesgos circunstanciales; b) El «ius variandi» en cuanto al lugar de la prestación; c) Constatación del riesgo y verificación jurídica de su evitación.—2. Las «crisis» de empresa determinadas por supuestos de riesgo imprevisible.—3. Circunstancial consideración de las quiebras como supuesto de «crisis».

INTRODUCCIÓN

UNA ETAPA DEL DERECHO DEL TRABAJO

1. La ingerencia exorbitante

Si hoy resulta ocioso recordar los motivos morales y de oportunidad política que determinaron la presencia del Estado en el ámbito de las relaciones laborales, quizá no lo sea tanto, a los efectos de una mayor penetración en la doctrina jurídica del trabajo, el invocar junto con la situación de emergencia que provocara una legislación intervencionista, la determinante psicológica de quienes, por un camino u otro, contribuyeron a su proliferación. Efectivamente tal legislación consolida su necesidad en la mente de gobernantes de inequívoca filiación *conservadora*, en tanto que instrumento táctico de poder; con fines más políticos que de justicia —recordaba GARCÍA OVIEDO— instauró BISMARCK en Alemania los seguros sociales (1). Parejamente se produjo, en los juristas teóricos educados en el liberalismo, una evolución de signo social, según observa LEGAZ LACAMBRA, influenciada por los puntos de vista proletario marxistas, incluso en el caso de que tales juristas se hubieran declarado y creído ajenos al marxismo (2). Tal evolución hubo de conducir a un postulado de *Derecho social* en donde, más que crear nuevos dogmas, se forzaron los existentes en aras de su adecuación a las nuevas situaciones surgidas; en este sentido cabe adjetivar de «jurídica» a la primera fase de la «legislación

(1) *Tratado elemental de Derecho Social*, Madrid, 1954, 6.ª ed. XVII.

(2) *Estudios de doctrina Jurídica y Social*, Barcelona, 1940, pág. 244.

social» (3) que, por lo demás y en cuanto producto de mero compromiso abocó, a la larga, en el problema eminentemente teórico de la tecnificación de la norma jurídica laboral. Si el Derecho del Trabajo, en el sentido de las técnicas de confección y aplicación corría el riesgo de constituirse como producto de aluvión, similarmente hubo de vivir tal incertidumbre en lo que se refiere a sus propios fundamentos doctrinales (4) al contender, en su seno, formas de *ius cogens* y preceptos dispositivos precariamente decantados.

Tal vez a la doble presión de ambas tendencias quepa cargar en parte la obtención de carta de naturaleza del fenómeno «intervencionista» que, en este sentido, constituyese en expresión de una política de Estado destinada a salvar la insuficiencia de los sistemas jurídicos del tiempo, y también, la propia dogmática que ofreciera fundamento a dichos sistemas (5).

Al mantenimiento de la situación creada, de una parte por la necesidad del remedio *social* respecto de los problemas inherentes al trabajo por cuenta ajena, y de otra por la paralización de la doctrina jurídica en orden al estudio y apertura doctrinal de esa misma nueva situación, se debe, sin duda, la ingerencia exorbitante del Estado en el orden de las relaciones laborales, sobre todo en aquellos países donde el sistema jurídico general se mostraba poco propicio al arraigo «profesional» de las formas sindicales. El hecho es revelador si se atiende a la evolución de las naciones anglosajonas: concretamente el ejemplo inglés corrobora el aserto porque los sistemas británicos de derecho laboral son la mera recon-

(3) DEVEALI, *Lineamientos de Derecho del Trabajo*, 2.ª ed. Buenos Aires, 1953, págs. 167 y ss.

(4) Hace casi veinte años observaba LEGAZ LACAMBRA que «lo que podemos llamar teoría jurídica en torno a esta nueva rama del derecho, no ha logrado, en general, evadirse del círculo en que interfieren los residuos de un liberalismo reconocido como imposible y las exigencias del socialismo marxista». Op. cit., pág. 245.

(5) Al plantearse el estudio de las relaciones de la Administración con la industria, escribía MELLADO: «... cuando el ejercicio de las industrias se debe al esfuerzo individual, en él se funda y en él se desarrolla y perfecciona, todos los actos industriales suponen un acto público, se dirigen al fin social, exigen el respeto mutuo en sus trámites y desenvolvimiento y, por último, hacen indispensable la coexistencia del interés individual con el colectivo, pues no puede admitirse que por alcanzar el bien particular una industria, por ejemplo, nociva o perjudicial, pueda ejercerse sin limitación alguna, causando daños y quebrantos a la generalidad. De estos hechos nacen una serie de relaciones entre la industria y la Administración no porque ésta sea industrial ni deba dirigir los actos y procedimientos industriales, ni menos imponerse a los individuos, sino bajo el concepto de alta inspección y policía y para que los derechos industriales y colectivos sean religiosamente respetados por los industriales, prestando también a éstos la necesaria garantía y seguridad, para que ejerzan libremente su trabajo, en cuanto los intereses sociales queden a salvo». Vid. FERNANDO MELLADO, *Tratado elemental de Derecho Administrativo*, 3.ª ed. 1899, pág. 696.

versión doctrinal de las prácticas de *common law* con mínima ingerencia estatal (6), hasta el punto de que se ha podido escribir que el derecho inglés se estructura de tal suerte que permite construir «a ambos lados de la industria, y a cada cual, su propia casa, en la que la ley procura no entrar» (7). Por el contrario, las fórmulas del sindicalismo doctrinario, usuales en países de la Europa continental, forzaron la acción legislativa intervencionista, hasta el punto de consolidarla duraderamente.

Con todo, doctrina y aún legislación vienen últimamente reaccionando ante un circunstancial orden de cosas que, de seguir su imperio, sumiría al tráfico laboral en un conjunto de normas rígidas de policía congeladoras, a la postre, de la necesaria evolución de las formas de relación laboral, y sobre todo, desviadas siquiera inconscientemente del fin último de justicia. El esfuerzo que desde hace algunos años viene realizando el Derecho Administrativo en pro de la mayor individualización de las relaciones del Estado con los ciudadanos, apunta en las construcciones del Derecho laboral. Ello explica, últimamente los estudios producidos en orden a reconsiderar y situar en el marco de la teoría jurídica los valores de la voluntad individual, cuya tecnificación y aún eticidad cobran nuevo vigor desde la perspectiva de nuestro Derecho (8). No en vano la vida laboral se instala, jurídicamente pensada, en la dialéctica de lo autónomo y lo heterónimo en cuanto categorías normativas (9), siquiera sus oscilaciones determinen el índice o incidencia de dos tendencias éticas fundamentales; moral de masas o moral de individuos, lo que conduce a reputarlas por antitéticas y recíprocamente excluyentes. No debe ser así, cuando menos tomada la reflexión jurídica como método, porque cabalmente ésta, propende a superar tanto el aislamiento individual como la disolución de la individualidad en lo colectivo, y ello para reconducir los problemas de la convivencia al plano de las relaciones individualizadas, bien que sean de los grupos entre sí, de éstos con los individuos, o las habidas entre sujetos individuales. Insistiendo recientemente sobre estos temas, BRUN y GALLAND observan, con indiscutible acierto, que el Derecho del Trabajo afecta los problemas más candentes de la filosofía política, aquellos que responden a la interrogante de si la sociedad es para el individuo o éste para aquella, planteamiento tal que les permite concluir

(6) Sobre el aserto, vid. KAHN-FREUND, *Report on some fundamental characteristics of Labour Law in Great Britain*, en *Atti del primo Congresso Internazionale di Diritto del Lavoro*, Trieste, 1932, págs. 175 ss.

(7) KAHN-FREUND, loc. cit.

(8) Vid. BAYON; *La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo*, Madrid, 1955, en especial, *Introducción*; M. ALONSO GARCÍA, *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo*, Barcelona, 1958.

(9) Vid. BAYON, op. cit.

que el Derecho del Trabajo sólo cumplirá su misión en la medida en que consiga conciliar los derechos de la persona con las prerrogativas de los grupos sociales; el Estado y la profesión (10).

La conciliación de las contradicciones entre individuo y grupo, desde el plano del trabajo, quizá radique en la superación del fenómeno de la ingerencia estatal que, por otra parte, sigue siendo necesaria, al menos en una cierta medida, dado el planteamiento económico de las relaciones laborales. Con todo, es necesario advertir que la aludida superación no pretende hacer retornar al Estado y, por supuesto, a la sociedad, a los dogmas y principios del pensamiento liberal individualista. La posición actual en este orden de cosas hace cobrar vigencia al pensamiento que AZCÁRATE formulara en las postrimerías del siglo XIX, cuando después de hacerse eco de la opinión de algunos individualistas según la cual debe procurarse que la acción del Estado se reduzca y no que se ensanche, la aceptaba para un futuro «en que la sociedad esté reorganizada», pues advirtiendo que «si bien el Estado puede y debe dejar de ser *causa* de la vida en estos órdenes de la actividad, siempre será *condición* de la misma, y, por tanto, se ensanchará en la misma medida en que aquellos se ensanchen y se hagan más complejos» (11). Justifícase de tal suerte —y sigue en pie la argumentación— tanto la necesidad de las primeras leyes «protectoras» como la posterior revisión de ellas, al momento en que la estructura social deja sentir su efectiva evolución. Mas, ¿estamos asistiendo a esta última? Por de pronto, zonas de la sociedad laboral ofrecen nuevos perfiles; la idea jurídico-social de *empresa* configura una realidad totalmente diversa de las formas «patronales» de hace no más de cincuenta años (12); en la nueva concepción empresaria el contrato de trabajo adquiere en lo técnico-laboral calidad propia, siquiera no suficientemente concluida y positivada. Por otra parte, el concepto de profesión como valor comunitario trasciende las categorías del mero y circunstancial oficio y, en fin, las organizaciones sindicales de nuestros días, son expresión palmariamente reconocible de haberse consolidado una nueva dogmática de la agrupación profesional radicalmente distante de la que alumbrara el viejo unionismo reivindicativo.

Ante panorama tal y tan someramente aludido, las técnicas operativas del Derecho del Trabajo acusan el cambio y se perfeccionan o, al

(10) A. BRUN y H. GALLARD, *Droit du Travail*, París, 1958, pág. 11.

(11) G. AZCÁRATE, *El problema social y las leyes del trabajo*, Discurso leído en el Ateneo de Madrid el 10 de noviembre de 1893, recopilado en el vol. *Estudios Sociales*, Madrid, 1933, pág. 244.

(12) Vid. RABAGLIETTI, *Il recesso dell'imprenditore dal rapporto di lavoro*, passim, Milán, 1957, caps. I, II; e *Introduzione alla teoria del lavoro nell'impresa*, Milán, 1956.

menos, así se pretende en el orden de la crítica doctrinal. Contribuir a la evolución efectiva, y en lo que la misma tiene de beneficiosa tanto respecto de la realidad laboral como de la misma ciencia del Derecho del Trabajo, es tarea a la que el jurista no puede mostrarse indiferente.

2. El carácter limitativo del Derecho del Trabajo

Todavía circula en el presente la errónea opinión de que el Derecho del Trabajo, teóricamente pensado, es algo así como un abultado manojo de coacciones arrojadas, a modo de tupida red, sobre la actividad profesional de los empresarios quienes, aprisionados en tales mallas, quedan automáticamente impedidos de cualquier movimiento de libertad respecto de su relación con trabajadores. La opinión, dicho queda, padece error; RIVERO y SAVATIER, como tantos otros autores, reaccionan y precisan la efectiva situación al recordar que, si bien a principios del siglo XIX las relaciones laborales discurrían, de hecho, por el camino que abriera la superioridad económica del empresario, por lo que el legislador tuvo que reducir notoriamente y con carácter progresivo la libertad contractual, «il serait inexact de ne voir, dans le droit du travail, qu'un ensemble de limitations apportées à la toute puissance originelle de l'employeur; en fait, le droit du travail, s'il reste dominé par le souci de la protection des travailleurs et impose à leur bénéfice des obligations à l'employeur, consacre aussi, au profit de ce dernier, des droits qui on pour contrepartie des obligations s'imposan aux salariés» (13). Acaece, en suma, que el Derecho del Trabajo, en cuanto ordenador de ciertos supuestos sociales revela cierto sentido limitativo, mayormente realizado por la abundante materia sobre la que se desenvuelve y realiza. Mas, de ahí a entenderlo como un conjunto totalizador y absorbente, y a la ley positiva cual axfisiante y enojosa imposición, media distancia similar a la que corre entre las formas de economía imperantes al momento de aparecer las leyes «protectoras» del trabajo, y las vigentes en el tiempo presente.

Cuanto queda anotado nada quiere decir respecto de momentos dados en la evolución del Derecho del Trabajo, y aún de realizaciones de derecho positivo nacidas con dudosa fortuna: precisamente en estos posibles casos, cuando la norma revela insuficiencia o desviación respecto de la intención legislativa, la reacción doctrinal no sólo es lícita sino aconsejable, porque ante una disposición que amenace el equilibrio de situaciones jurídicas contempladas desde la total perspectiva del sistema, pro-

(13) Vid. RIVERO y SAVATIER, *Droit du Travail*, París, 1956, pág. 3.

cede su consideración crítica. Mas, en todo caso, no puede valorarse todo un sistema normativo por el yerro circunstancial de cualquiera de sus parciales realizaciones. Como tampoco es fecundo cerrar posibilidades al desarrollo de una ciencia social que, segura y pacientemente, pretende aislar y conocer realidades superando la problemática de las mismas, en aras de mayor beneficio comunitario.

La evolución teórica del Derecho del Trabajo puede medirse, en cierto modo, por la metodología de las progresiones y cambios político-sociales; producida la transformación fáctica de una situación social dada, emerge de ella un *ordus novus* cuya inicial y primaria defensa es necesariamente exorbitante. Con todo, tal situación sólo se explica en la medida de su transitoriedad necesaria, porque según que la nueva situación se consolida, ceden las iniciales tensiones, difuminanse los féreos astillados primeros, y la actividad creadora cobra un cierto y nuevo sentido de libertad, hasta el punto de desplegarse ampliamente en la búsqueda de elementos que enriquezcan y aseguren la situación consolidada. Al período de aislamiento defensivo, sigue el conexionario y, desde éste, por vía de comunicación entre ambos, la total consolidación de las instituciones. Al Derecho del Trabajo parece serle de aplicación esta genética: los postulados de la *nueva* rama jurídica —por otra parte no mucho más joven que otras disciplinas hoy logradas e indiscutidas— son en definitiva supuestos de trabajo para dilucidar, desde ellos, proposiciones substantivas. Esto explica que hoy se tengan por periclitados principios que fueron básicos en los comienzos de la elaboración del derecho laboral, cual puede ser el del *proteccionismo*, v. gr., sin que por ello sea negado valor a este dato en lo que tiene de histórico respecto de momentos concretos en la construcción científica de aquel.

3. La superación del «estatismo» en la crisis del derecho y las relaciones de trabajo

Cuanto antecede viene dictado por la realidad de situaciones que se consideran en las páginas siguientes. La observación y recepción jurídica del supuesto de alteración de circunstancias preexistentes al momento de establecer una relación jurídica de trabajo constituye, por de pronto, un propósito de rebasar el rígido estatismo en que pudiera incidir todo el Derecho del Trabajo y por el que se neutralizaría una de sus más definitorias notas cual es la de la necesaria movilidad (15) en normas de cierto

(15) Y nos referimos no tanto a la rápida sucesión de disposiciones legales —lo que, pasado cierto prudente límite puede arriesgar la necesaria seguridad jurídica— como a la flexibilidad de que aquellas han de estar dotadas. Porque el Derecho del Trabajo se realiza y es

rango y aún respecto de determinadas instituciones (16). Por otra parte, la consideración laboral del tema del riesgo imprevisible presupone una cierta actitud respecto de los supuestos mismos del Derecho del Trabajo, en cuanto rama jurídica independiente. He aquí que razones de valor cotidiano y razones de esclarecimiento doctrinal, inducen a plantear el estudio de la imposibilidad sobrevenida o de la excesiva onerosidad en las relaciones laborales.

Con ser cierto que el contenido del Derecho del Trabajo no se agota en el contrato individual de trabajo (17), lo es igualmente que la raíz última de ese mismo amplio contenido se asienta en la relación obligatoria. La superación metodológica de la relación «derecho del trabajo igual a contrato», determinó más tarde el tema polémico de otra correlación que cabe formular del siguiente modo: «contrato de trabajo tiende a relación laboral» (18). Fácilmente se comprueba que, si en un primer estado el contrato de trabajo hubo de singularizarse hasta obtener tratamiento teórico propio (19), con posterioridad, la rama jurídica nacida del

realizado, en simbiosis unitiva, por las realidades extrajurídicas, sus bases son radicalmente dinámicas, RIVERO y SAVATIER —op. cit., pág. 11— molejan de inestable al derecho laboral, equivocadamente en nuestra opinión, porque si las normas laborales «reflètent un certain état de la technique; que celle-ci évolue, et les règles perdent toute signification», ello acaece cuando se han mezclado normas substantivas e instrumentales por causa de técnica legislativa defectuosa. De aquí la necesidad, tan sentida en esta disciplina —y en cierto modo resuelta por ella misma a través de su peculiar técnica normativa, desdoblada en leyes del Estado y normas de convención colectiva— de separar debidamente la norma jurídica substantiva, configuradora y reguladora de instituciones jurídicas, de la norma instrumental. No se trata aquí de distinguir entre leyes en sentido estricto (normas estatales de valor primordial) y leyes secundarias y subordinadas: CASTRÁN, de quien tomamos esta diferenciación última, sitúa en ella e independientemente de las categorías normativas citadas, las que llama «prescripciones autonómicas o reglas establecidas por las organizaciones corporativas». (Cf. CASTRÁN, *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, Madrid, 1947, pág. 24). Son, en nuestra metodología las leyes estrictas y las secundarias las que han de poseer un alto grado de permeabilidad a ese «certain état de la technique» antes registrado, y ello para evitar precisamente la inestabilidad de nuestro Derecho, suslituyéndola por la dinámica movilidad que postulamos.

(16) En este punto cobra singular valor de técnica operativa del Derecho el régimen de convenios colectivos de trabajo.

(17) Cf. tendencias en PÉREZ BOTIJA, *El Derecho del Trabajo*, Madrid, 1947, y exposición última de ALONSO GARCÍA, *Introducción al estudio del Derecho del Trabajo*, Barcelona, 1958.

(18) En el sentido relacionista del derecho común alemán, expuesto por POLO, *Del contrato a la relación de trabajo*, en Rev. de Derecho Privado, núms. 288-9, y por PÉREZ BOTIJA, *Las nuevas doctrinas sobre el contrato de trabajo*, Madrid, 1942. Una crítica a la teoría de la relación, en su posible referencia al derecho español, en MARTÍN BLANCO, *El contrato de trabajo*, Madrid, 1957, págs. 131 y ss.

(19) No por conocidas deben dejar de ser citadas dos obras clásicas; la de LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches*, 2 vols. Leipzig, 1902-1908, y la de BARASSI, *Il contratto di lavoro*, 2 vols. Milán, 1901. Recordemos la aportación última debida a CORRADO, *La nozione unitaria del Contratto di lavoro*, Turín, 1956.

núcleo doctrinal del nuevo contrato, propendió similarmente a nueva y original configuración. Crece así, *more geométrico*, todo un conjunto sistemático con caracteres propios, pese a que su técnica operativa hubo de afianzarse entre realidades sociales de urgente y apasionado planteamiento; con todo, el empeño queda doctrinalmente fijado, dicho sea con plástica terminología, entre la planificación y la libertad, porque en el Derecho del Trabajo coacción y arbitrio no se excluyen recíprocamente sino que por el contrario, quedan correlacionadas al descubrir que el hecho social del trabajo es categoría sociológica mensurable (20) y, de consecuencia, susceptible de aislamiento y trato peculiares.

Porque no se trata de un derecho estatizado, sino de un sistema normativo de tendencia institucional (21), el del Trabajo corre a la par los riesgos y venturas propios de toda época de crisis (22); posiblemente obtenga el Derecho del Trabajo, de esta fase crítica por la que transcurre el derecho, en general, fundamentos bastantes para reafirmar, con su consolidación, un peculiar contenido y, desde luego, unas técnicas propias. Por lo que a España se refiere, la experiencia muy fecunda que dejan tras de sí varios lustros de copiosa legislación laboral, ha de contribuir a precisar cuál sea el asentamiento duradero de las instituciones jurídicas del trabajo.

Cuando en materia de revisión de contratos por consecuencia de riesgo sobrevenido y no previsto, leemos en el conocido estudio de LENEL sobre la materia sus reservas ante el hecho de la nueva fijación judicial de condiciones de cumplimiento porque ello, en su opinión, equivaldría

(20) En este sentido, el hecho social de la organización profesional, presupone y determina la necesidad del Derecho del Trabajo. Vid. sobre este punto, KROTOSCHIN, *Instituciones de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1947, vol. I, págs. 26 y ss.

(21) Respecto del contrato de trabajo, recogió ya esta tendencia DURAND, *Precis de Legislation Industrielle*, 4.ª ed. París, 1953, núm. 274. La aplicación de la teoría institucional a la ordenación laboral de la empresa ha sido últimamente estudiada por RABAGLIETTI, *Introduzione alla teoria del lavoro nell'impresa*, Milán, 1956, en especial, págs. 11 y ss. PÉREZ BOTIJA y BAYOS consideran la institucionalización de la empresa como supuesto de la transformación del Derecho del Trabajo, en su *Manual de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1957-1958, v. I, pág. 105. En las instituciones de derecho disciplinario del trabajo, la tendencia institucional adquiere máximo relieve, como se revela en las obras de MESQUITA, *Diritto disciplinar do Trabalho*, Sao Paulo, 1950, y LEGA, *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Milán, 1956. Por lo que al derecho español se refiere, registramos la tendencia en nuestra obra *Derecho Penal del Trabajo*, Madrid, 1955, en especial cap. II.

(22) Una visión parcial de la crisis del Derecho del Trabajo fué ensayada por MAZZONI tomando como fundamento los nuevos principios del Derecho del Trabajo proclamados por la Constitución italiana de 1947 y el sistema de derecho positivo contenido en el Código civil de

a echar por tierra todo el derecho contractual (23), pensamos que, efectivamente, la crisis del derecho alcanza a la crisis de las instituciones jurídicas de obligación contractual, de modo preponderante. Y así como del Derecho Político se viene predicando la crisis del Derecho y del Estado por la crisis de la soberanía, del derecho privado de personas cabe aducir parejo planteamiento si aludimos a la crisis de la voluntad individual como presupuesto de la crisis del derecho de contratación. Con todo, cualesquiera momento crítico constituye, por definición, un momento problemático, y de admitir que nuestro existir social lo sea de suyo, cabría configurar al derecho como ordenador de situaciones críticas; desde este punto de vista el derecho no será tanto mutación como fluencia, y tampoco podrá entenderse relativizado sino en constante adecuación, lo que en definitiva supone afirmar su perennidad en cuanto obliga al retorno del ser de lo justo a las esencias, desde las situaciones técnicas actuales. Ante el hecho cada vez mayormente patentizado del recrecimiento de la sociedad laboral, hasta el punto de que, para cualquier país, la aislada y primitiva «cuestión social» se ha elevado a problema nacional (24), la actividad jurídica ha de intensificarse planteando las cuestiones sociales a la luz, no ya de técnicas, sino de los principios. Escribía hace unos años RIPERT, que toda evolución social ha de ser al mismo tiempo una revolución jurídica, si no se quiere que sea una vana perturbación política (25). En este sentido, todo propósito de transformación de formas de vida común, o se realiza en necesaria conexión con el Dere-

1941. Si bien el autor niega la crisis —«*evoluzione, dunque e non crisi*»— ciertamente denuncia una situación problemática efectiva. Cf. GIULIANO MAZZONI, *Crisi o evoluzione del diritto del lavoro*, en Riv. dir. lavoro, enero-marzo, 1954, págs. 9 y ss. En esta misma línea ha insistido NAVARRA, relacionando la crisis del Derecho del Trabajo con la crisis general de nuestro tiempo y desde el ángulo del «problema della completezza dell'ordinamento giuridico e della certezza del diritto» (Vid. ANTONIO NAVARRA, *La speranze (sinora) deluse*, en Riv. dir. lavoro, julio-septiembre, 1955, pp. 139 ss.

Otro punto de vista que comporta, en nuestra opinión, el planteamiento de la situación crítica del Derecho del Trabajo es el considerado por ALONSO GARCÍA, al plantear las siete direcciones que en el orden doctrinal amenazan al Derecho del Trabajo, expuestas en su estudio *Peligros de disolución del Derecho del Trabajo*, en Cuadernos de Política Social, núm. 35, págs. 47 y ss.

(23) Vid. *La clausula rebus sic stantibus*, en Rev. Dcho. Priv. 1940, p. 79.

(24) LYON-CAEN, *Manuel de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale*, París, 1955, pág. 30.

(25) RIPERT, *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Buenos Aires, 1950, pág. 2. Las palabras citadas van precedidas de estas otras, admonitorias en grado sumo: «Es inútil creer en el advenimiento de un nuevo sistema económico si no se tienen preparadas las instituciones que le son indispensables».

cho, o no pasará, a la postre, de constituir puro artificio repugnado por los propios destinatarios del beneficio: por ello mismo, el Derecho queda a su vez emplazado para responder, con su propia creación, a las necesidades que tales transformaciones evidencian.

I. ABUSO DE DERECHO Y RIESGO IMPREVISIBLE EN LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

1. Crisis del «voluntarismo» individualista

No es aventurado afirmar que la sociedad del siglo XIX contempló el desarrollo de una considerable porción de las relaciones privadas de sus miembros en la tensión habida entre ley económica y voluntarismo jurídico, elementos éstos de esencia a la infraestructura del Estado de Derecho o, más exactamente, del Estado liberal de Derecho (26). Es igualmente notorio el hecho según el cual fueron, de entre aquellas relaciones las deducidas del trabajo por cuenta ajena, las que soportaron el máximo de la aludida tensión (27), hasta el punto de cifrarse la crítica al principio de autonomía de la voluntad precisamente en el poder de dominación ejercido por los arrendadores de trabajo, en el contrato de servicios (28). Significativos conflictos laborales de aquel tiempo tienen, sin embargo,

(26) LEGAZ LACAMBRA ha destacado cómo ROBERTO VON MOHL, troquelador de la expresión Estado de Derecho, puso de relieve el hecho de que, desde GROCIO, toda la doctrina del derecho natural y racional había sido un principio de elaboración de la concepción jurídica del Estado (Cf. LEGAZ, *El Estado de Derecho*, en *Revista de Administración Pública*, n.º 6, pág. 13).

(27) Cf. BORRAJO, *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho del Trabajo*, en *Cuadernos de Política Social*, n.º 33, pág. 18; ALONSO GARCÍA, *La Codificación del Derecho del Trabajo*, Madrid, 1957, pág. 129; LAGOS, *Problemas históricos del Trabajo*, Chile, 1950, pág. 125; MAZZONI, *Il contratto di lavoro nel sistema del diritto italiano del lavoro*, Florencia, 1954, pág. 1.

(28) Observaba MENDER, respecto del *Lohnvertrag* o contrato de salario que «quien sin pasión juzgue las cosas, no podrá negar que el señorío o dominio ejercido por el patrono sobre el obrero asalariado es, en su contenido y extensión, mucho más riguroso que el que en nuestro tiempo corresponde al cabeza de familia sobre su mujer y sus hijos, al tutor sobre un pupilo». Vid. *El Derecho civil y los pobres*, Madrid, 1898, págs. 118-19.

su causa en el fallo del pretendido ritmo ordenador de las relaciones de trabajo sobre la base de la libertad de contratación. El *iusnaturalismo* racionalista contractual, a la vez que permitía situaciones implicadoras de manifiestos abusos de derecho sobre amplios sectores sociales, dejaba a éstos indemnes frente a riesgos no tenidos en cuenta al tolerar la génesis económica de las relaciones de trabajo y, de consecuencia, soporados por los trabajadores.

La prepotencia del individualismo jurídico activó la necesidad del Derecho del Trabajo, pues, como viene demostrando la crítica histórica al respecto, las primeras subversiones de signo laboral subsiguiente al industrialismo, se alzan no tanto frente al sistema económico social imperante como frente a las derivaciones que el mismo permitiera, y que dañaban intereses de los trabajadores (29). Las relaciones de trabajo, jurídicamente entendidas, reclamaban una tercera vía distinta tanto de la norma meramente dispositiva como de la de orden público, o ley policial. Esta búsqueda dió origen a la expresión jurídica del fenómeno sindical, que desde este punto de vista vino a ser un elemento más en la superación del individualismo voluntarista: el régimen de convenciones colectivas, en su fase inicial, constituye una fórmula transaccional más que la instauración de un sistema jurídico técnicamente acabado. En última instancia el cumplimiento del acuerdo colectivo radica en el valor extra jurídico de la *vis compulsiva* sindical. De aquí que la construcción teórica del Derecho del Trabajo no se agote con el denominado derecho colectivo, por cuanto este constituye, a lo sumo, un capítulo, siquiera el más caracterizado, de las fuentes de esta rama del derecho. Con más, la base de libertad, como condición de la individualidad jurídica, no queda definitivamente garantizada por el derecho de convenciones colectivas, de la misma manera que tampoco la asegura una rígida ley impositiva, por más que refuerce su pretensión garantizadora y aún tuitiva. Este estado de cosas incita a incorporar al Derecho del Trabajo un sistema de realización de lo justo en donde la pérdida del primado de la voluntad no conduzca, sin embargo, a la negación de la libertad. En este punto, las construcciones jurídicas del abuso de derecho y del riesgo imprevisible contribuyen de modo notorio a la realización moral de situaciones jurídicas en el campo de la contratación de trabajo.

En una genérica apreciación crítica puede afirmarse, con DURAND, que la doctrina de la autonomía de la voluntad; que de la individual hace fundamento de la organización social, es descalificada, primero, por-

(29) Harto conocida es la noción que del Sindicato; en sus orígenes divulgaron los esposos WEBB: «asociación permanente de trabajadores que se proponen defender o mejorar las condiciones del contrato de trabajo».

que la *soberanía* individual es desplazada por la idea de sociedad como condición de toda vida material y moral; segundo, porque, consecuentemente, la voluntad libre deja de ser considerada como elemento creador de derecho; y tercero, y sobre todo, porque en orden a la igualdad de la voluntad, esta última queda pulverizada cuando, en el juego formal de la contratación, presiona la desigualdad económica (30). En un orden de mayor precisión, sin embargo, el derecho busca —el laboral en nuestro caso— conciliar los supuestos de libertad y orden social, indagando, en cada momento, el equilibrio que, sin duda, ha de realizarse en cada relación jurídica concreta. He aquí cómo cobra valor, junto a la idea contractual, hoy por hoy relativamente vigente, la doctrina de los límites al imperio de la voluntad, dados, a priori y de modo especial, por las imposiciones, según advierte ALONSO GARCÍA, del principio del *interés social* (31) como corrector de la voluntad *desviada*, principio éste que por la invocación que entraña reafirma la delicada situación del contrato de trabajo, en orden a su misma naturaleza (32).

Cuanto queda dicho constituye la condición misma que justifica el existir del Derecho del Trabajo; a este incumbe, de modo muy especial, el evitar que, en aras de un formalismo trascendental se llegue a la cosificación de la voluntad, y ello considerando desde un plano rigurosamente social las respectivas situaciones de trabajadores y empresarios como sujetos de relación jurídica. Le incumbe, igualmente, evitar el tópico *socializante* por lo que éste tiene de valor extrajurídico, salvando, por supuesto, el significado social insito en la norma.

A las vertebraciones dialécticas del Derecho del Trabajo, cual pueda ser, por ejemplo, la concebida por LYON-CAEN —«normas que regulan la explotación del trabajo humano en régimen capitalista, los instrumentos de lucha contra esta explotación, así como las crecientes restricciones sufridas por el propio régimen a causa de aquella lucha» (33)— ha de oponerse una concepción que parta, no de supuestos de contienda, ni tampoco de formas sociales de dominación, o voluntarismo, sino de la idea de realización de lo común y socialmente apetecible. Por ello, para que lo justo no sea «lo que conviene al más fuerte», sino lo más deseable a una sociedad de desiguales, se ha hecho necesario, primero, el voluntarismo jurídico, más tarde la configuración existencial estricta y, por último, el

(30) Cf. DURAND-JAUSSAUD, *Traité de Droit du Travail*, París, 1947, v. 1, pág. 90.

(31) *La autonomía...*, cit., págs. 96 y ss.

(32) Si por el principio del interés social es coartada la voluntad individual en la relación de trabajo, por el principio del *interés social prevalente* explicaba MARTÍNEZ USIBOS la rectificación de los actos de la Administración constitutivos de manifiesto abuso de derecho; vid. su monografía *La doctrina del abuso del derecho y el orden jurídico administrativo*, Madrid, 1947.

(33) LYON-CAEN, op. cit., pág. 20.

criterio superexistencial —en el sentido de DEL VECCHIO— que diferenciadamente sitúa lo jurídico en el ámbito de los valores (34).

La problemática situación del Derecho, reconocible a partir de la quiebra del principio de la autonomía de la voluntad, se revela singularmente en el contacto jurídico de trabajadores y empresarios; tópicamente es ya quiebra de la igualdad civil por presión de la desigualdad económica, pero el hecho, con ser cierto, no agota ni satisface la explicación de tanta crisis. A nuestro modo de ver, el andamiaje de las que ya secularmente se vinieron denominando «cuestiones obreras», no se sostiene por ese equilibrio inestable entre igualdad jurídica y desigualdad económica, ni tampoco parece resolver definitivamente el problema la configuración del Derecho del Trabajo como derecho *especial* en cuanto parte de tales desigualdades y las resuelve creando otras (35). Si en definitiva se trata de emplazar el imperio efectivo de la igualdad ante el derecho, habrá de comenzarse admitiendo que ésta no es sólo igualdad en la voluntad capaz de manifestarse aunque no se manifieste efectivamente; la igualdad jurídica, —marginando la igualdad económica cuyo predicado se hace más improbable en la medida que transcurre el tiempo— radica precisamente en la garantía efectiva de actuar la voluntad según el bien común. Por ello, cuando la vida social potencia su máxima cantidad de problemática en la configuración masiva del trabajo, deja ver con violenta lucidez el drama de la convivencia. A partir de entonces comienza a hablarse de la quiebra del derecho; y también desde estos momentos adquiere máximo significado el fundamento económico de la paz social (36). No otra fundamentación tiene ese estado de inquietud laboral que impregna el segundo cuarto del siglo XIX, período en el que el movimiento *cartista* inglés (37) —1837-1848— sitúa en primera línea los derechos del trabajo, tiempo éste al que, en general, corresponde el comienzo de la lucha por el producto íntegro del trabajo, cuyo «exceso» va a parar a los bolsillos del empresario (38); he aquí algunas razones por las que el trabajo,

(34) *Filosofía del Derecho*, 6.ª ed. española, pág. 332.

(35) DEVEALI, al exponer la naturaleza del Derecho del Trabajo afirma que siguiendo la corriente intervencionista, el derecho del trabajo constituye un derecho *especial*, que se distingue del derecho común «porque mientras el segundo supone la igualdad de las partes, el primero presupone una situación de desigualdad que tiende a corregir mediante otras desigualdades». Vid. op. cit., pág. 151.

(36) Por otra parte, la fundamentación económica de la vida personal es anterior a MARX; ya HOBBS afirmaba, en su *Leviatán*, que el valor de un hombre es, como el de todas las demás cosas, su precio; lo que se le daría por el uso de su fuerza.

(37) Sobre el *cartismo*, vid. LUIGI DE ROSA, *Storia del Cartismo*, Milán, 1953.

(38) Vid. SOMBART, *El Socialismo y el movimiento social en el siglo XIX*, Madrid, ed. La España moderna, n.º 37-8.

entendido como hecho relacionador en el entramado de la convivencia, desplázase del alcance del derecho. Deja el trabajo de ser expresión de vida activa con repercusión social para hacerse tan sólo expresión mensurable de un valor económico, por lo que cualquier sistema cultural, ordenador del mismo, quedará desplazado mediante el fatalismo de las leyes de la producción y de la demanda. Ya no es el trabajo, tampoco, como enseñara SANTO TOMÁS, *perfectio operis et perfectio operantis*; no es tanto actividad moralizante como cosificación de la actividad misma (39), bien económico en suma, y tan sólo eso, pues basta recordar, al respecto, la conocida proposición del *Capital*: «el valor de los bienes producidos por el trabajo es igual a la cantidad de trabajo socialmente necesario para producirlos».

En resumen: no cabe hablar de igualdad jurídica cuando ésta sólo es formalmente concebible, ya que su expresión en derecho, mediante la manifestación de voluntad, se hace virtualmente irrealizable en sociedades cuya estructura viene determinada jurídicamente por el primado del voluntarismo individualista, sí, pero condicionada por ingredientes extra-jurídicos de poder o coerción tales y tan insistentes, que invalidan en absoluto esa igualdad sólo formalmente concebida (40).

2. Del «legismo» laboral, a la ordenación jurídica del trabajo

Dos sucesos muy generalizados en su tiempo plantearon la problemática general del contrato de trabajo. Ellos fueron, de una parte, la determinación incondicionada de la causa en el contrato desde el punto de vista del trabajador (41), hecho éste que habría de perturbar en su raíz cual-

(39) Cf. crítica a la desmoralización del trabajo en MARX, en la obra de BATTAGLIA, *Filosofía del Trabajo*, versión española, Madrid, 1955, págs. 151 y ss.

(40) En este sentido, la libertad para el *homo faber* quedó explícitamente formulada por LUIS BLANC en su Discurso a la Comisión de Luxemburgo, en 1848; «La liberté consiste, ne pas seulement dans le droit, mais dans le pouvoir donné à chacun de développer ses facultés». Vid. BLANC, *Sur l'Organisation du Travail*, en GIRARDIN, *Le Droit au Travail du Luxembourg et à l'Assemblée nationale*, Paris, 1849, t. I.

(41) Considerando la causa como fin que pretenden, las partes al contratar, la aplicación de la teoría de la causa al contrato de trabajo no plantea, en opinión de DURAND, dificultad específica. Mas, si como advierte este autor, la noción de causa ofrece dos aspectos, la alusión que hacemos corresponde al primero, esto es, la causa en cuanto es para el trabajador la obtención de salario. Por ello no parece sea exactamente causa desde este punto de vista «l'atteinte du salaire promis par l'employeur», como señala el tratadista citado. Por consecuencia, tampoco cabe aceptar sin reparos el que «pratiquement cette notion de cause n'a, dans le contrat de travail, que peu d'importance» (Cf. DURAND-VITU, op. y vol. cit., pág. 302) sino que, desde este plano, la pretensión de quien trabaja —*lucri faciendi causa*— no viene dada por el salario, prometido sino por el *precisado* en justicia o, dicho en otros términos, el trabajador causaliza el negocio

quier garantía jurídica al momento de contratar. El segundo se cifró en la determinación igualmente incondicionada y unilateral, de la extinción del contrato, a voluntad del empresario (42). Ambas situaciones fueron tratadas primeramente con técnicas de derecho privado, y más tarde mediante leyes con carácter de orden público las cuales, al realizar la intervención administrativa en la relación laboral, la desnaturalizaron sin reconstruirla sobre nuestras bases jurídicamente diferenciadas, sumiendo así el problema en los arcanos de la solución meramente política. Por todo ello, el futuro técnico de solución de tales cuestiones, va unido en buena parte a la configuración del Derecho del Trabajo; sólo cuando esta rama jurídica configurare con sello peculiar sus propias instituciones, podrá decirse que alcanzó indiscutida plenitud.

Con todo, un momento significativamente configurador del Derecho del Trabajo lo constituye aquel en que la teoría del abuso del derecho pugna por resolver, en especial, la segunda de las dos cuestiones anteriormente mencionadas (43). Es en el derecho francés donde la cuestión se plantea y va a resolverse, primeramente, a través de resoluciones jurisprudenciales de los tribunales inferiores quienes conceden, en equidad, derecho a reparación cuando el trabajador es despedido sin motivo justificado (44); después, mediante la recepción por la jurisprudencia de la Corte de Casación del principio de la indemnización de perjuicios en los despidos sin motivo (45), y más adelante, en fin, por dos reformas legis-

contractual al pretender como fin objetivo el que mediante su manifestación de voluntad se le procure una retribución. Precisamente su falta de libertad para determinar materialmente el *quantum* de la misma, provocó en buena parte la crisis de las relaciones laborales a que hacemos mención.

(42) Sobre la aplicación de los principios del abuso del derecho al Derecho del Trabajo, vid. BORRERO, *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho del Trabajo*, en *Rev. Internacional de Sociología*, n.º 47.

PRIEUR, *L'abus du droit dans la formation et dissolution du contrat du travail*, París, 1942; ALFIE, *La rupture abusive du contrat du travail*, París, 1955.

(43) Dejamos a un lado la aplicación de la teoría del abuso referida a los conflictos colectivos de trabajo. Sabido es cómo el ejercicio abusivo del derecho de huelga determinó la invocación del principio de los actos abusivos para, desde él, regular los supuestos de paro concertado. Sin embargo, es de llamar la atención sobre lo que de configurador tiene, para el derecho colectivo, la recepción de la teoría. Sobre el tema, vid. la obra clásica de JOSSEBRAD, *L'abus des droits*, París, 1905, y PLANIOL, *Traité de Droit civil*, v. II.

(44) DURAND-VITU, *Traité...*, v. I, págs. 868-9, citan fallos de *Conseils de prud'hommes y Cours d'appel* que se remontan a 1858.

(45) Las resoluciones iniciales de los tribunales franceses inferiores no habían sido aceptadas por la Corte de Casación, que partía del principio según el cual «le louage de services fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la libre volonté de l'un ou l'autre des contractans», y de que «nul n'est en faute s'il n'a qu'user de son droit» (Cf. RIVERO-SAVATIER,

lativas de considerable importancia, tanto para los casos planteados como para la propia configuración del Derecho del Trabajo; ellas fueron, la promulgación de la Ley de 27 de diciembre de 1890 por la que consagrándose formalmente el principio del abuso de derecho en las relaciones de servicios, se modificaba el texto del art. 1.780 del Código civil (46) y, para resolver en buena parte la polémica sobre la articulación de la prueba (47), la Ley de 19 de julio de 1928 que modificando el texto del art. 23 del Código de Trabajo (48), introducía en el procedimiento laboral el llamado principio inquisitivo, siquiera embrionario en la formulación legalmente adoptada (49). Todos estos momentos evolutivos (50) constituyen, a la vez, una muestra incuestionable de la insuficiencia del «legismo» estricto en cuanto fórmula jurídica para resolver los conflictos laborales, como expresión del fenómeno de la configuración jurídica muy peculiar que el Derecho del Trabajo, representa, pues formas técnicas valorativas cual la del abuso del derecho, hallan en el marco de las relaciones laborales, tanto individuales como colectivas (51), el máximo de efi-

op. cit., pág. 462). Manteniéndose en definitiva los principios de GAIUS —nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur (D. I, 17, 55)— y PAULO —Nemo damnus facit, nisi quid id fecit quod facere jus non dabet (D. I, 17, 151).

(46) La modificación fundamental estableció: «Néanmoins, la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractans peut donner lieu à dommages-intérêts». Como observa DURAND, esta solución ya había sido admitida con anterioridad (Cf. *Traité...*, v. I, pág. 869). Para nosotros, sin embargo, ofrece el valor de la consagración de una nota peculiar en la relación de trabajo, no hallada en otros contratos de prestación de actividad personal.

(47) Jurisprudencialmente la carga de la prueba seguía atribuida por principio de derecho común a quien pretendía la indemnización de daños. La ley, como ha observado AMIAUD, «restait nueete sur la question et ce silence de la loi était volontaire» (Vid. *Cours de Droit du Travail*, París, 1952, 3, pág. 979). Sobre la cuestión planteada, vid., además, DURAND, *Traité...*, v. II, págs. 869 y ss.; MAGNAN, *Le délai-congé*, París, 1933, págs. 129 y ss.; RIVERO y SAVATIER, op. y loc. cit.; también, la reciente tesis de AUTIÉ, *La rupture abusive...* cit., así como la nota de éste publicada en *Droit Social*, 1956, pág. 153 sobre *Nouveaux aspects de la jurisprudence de la Court de cassation à propos de la rupture abusive du contrats du travail*.

(48) «Le tribunal, pour apprécier s'il y a abus, pourra faire une enquête sur les circonstances de la rupture. Le jugement devra, en tout cas, mentionner expresément le motif allégué par la partie qui aura rompu le contrat». No obstante, la Corte de casación sigue la vía tradicional al eximir de la carga de la prueba al empresario (Cf. DURAND, *Traité...*, II, págs. 870-1; RIVERO y SAVATIER, op. cit., págs. 467-8). Sólo en los casos de despido consecuen- cia de una huelga, ha sido legalmente admitida la inversión de la prueba; según la ley de 11 de febrero de 1950, corresponde al empresario probar la *faute lourde* cometida por el trabajador (Cf. RIVERO, op. cit., pág. 468).

(49) Vid. la atribución potestativa en orden a la investigación realizada por el tribunal, en nota anterior.

(50) Su exposición crítica en RIVERO y SAVATIER, op. cit., págs. 452 y ss.; DURAND, op. y vol. cit., págs. 466 y ss.

(51) Vid. supra nota 43.

cacia. Por ello, aunque desde otro ángulo, ha podido afirmar BORRAJO que «el moderno Derecho del Trabajo, al menos en sus partes más esenciales y técnicamente jurídicas, ha surgido por imperativos de vida social para corregir un monstruoso y generalizado abuso del derecho (52).

Sin centrar la temática en el tema del abuso del derecho y su adecuación jurídico laboral (53), lo invocamos por ahora a los efectos de señalar su valor configurador en la génesis del Derecho del Trabajo, porque la tesis del abuso situó, frente al legismo individualista primero, y al tuitivo después, la necesidad de una rectificación, no ya de las bases dinámicas de las relaciones laborales, sino de la estructura misma de aquellas (54).

Y aún sin centrar la temática laboral en el contrato, sino en las diversas relaciones que el hecho del trabajo engendra (55), una aproximación crítica a las situaciones de conflicto realmente planteadas, pondrá de relieve cómo la misión del jurista ante el problema no radica tanto en proclamaciones subversivas o, en todo caso, extrañas al derecho (56), como en la articulación teórica de soluciones socialmente justas. De aquí que en presencia de relaciones jurídicas que son consecuencia del ejercicio de derechos subjetivos (57), no corresponda al estudioso tanto la negación de las mismas como su adecuación a postulados morales de convivencia. En este sentido, la concepción que del abuso del derecho ofrece MARTÍNEZ USEROS al considerarlo como «el ejercicio consciente de un derecho subjetivo de consecuencias dañosas para el interés social preva-

(52) Vid. *Presupuestos críticos*, cits., pág. 494. Para BORRAJO, que sigue a PLANIOL en la proposición de que el derecho cesa donde el abuso comienza, este último, en rigor de técnica jurídica es inconcebible, mas, en conexión con la configuración estática del derecho, propia del sistema liberal, la conciencia del acto injusto arbitro como rectificación del mismo la fórmula del abuso del derecho.

(53) Vid. ésta, respecto del derecho español, en el artículo de BORRAJO publicado en la *Revista de Derecho del Trabajo* n.º 1. *El abuso de derecho en el Contrato de Trabajo*.

(54) Recordemos con MARTÍNEZ USEROS cómo, BAUBRY-LACANTINIERIE tras seguir primero a PLANIOL y a ESMEIN en su repulsa a la teoría del abuso, la hubo de admitir al explicar —en la obra que con WAHL escribiera *Du contrat de louage*— por la tesis del abuso del derecho la responsabilidad que se origina de la ruptura unilateral del contrato de empleo. Cf. *La doctrina del abuso...* cit.

(55) El presupuesto sociológico, de ponderable valor jurídico de entender el trabajo como hecho social, ofrece fecundas posibilidades para una más acabada concepción del sistema jurídico del trabajo.

(56) El jurista, en tanto que jurista, no es un reformador social sino un incesante postulador de la justicia partiendo de situaciones sociales dadas y desde un régimen normativo vigente.

(57) En tanto en cuanto la estructura de los ordenamientos legales responden explícita o implícitamente a estas categorías.

te» (58), contiene el dogma de la juridicidad porque está configurando el concepto desde una situación normativa fuertemente individualizada y voluntarista, en pugna con la hipótesis social de convivencia a la que la justicia propende.

Los alcances de este punto de vista, a los efectos de una dogmática del Derecho del Trabajo, parecen decisivos. Medítese sobre el hecho apreciado por DURAND de que la recepción por los tribunales franceses de la doctrina del abuso del derecho en el orden laboral, vino indirectamente a crear nuevas categorías jurídico laborales, cual la de la estabilidad en el empleo (59), a la que efectivamente cabe considerar como presupuesto de una nueva e importante situación jurídica, no opuesta necesariamente al derecho de corte individualista, pero sí limitativa de sus desviaciones, ya que permite, a través de la consagración positiva del *status* de trabajador (60), institucionalizar la vida del trabajo, objetivando la relación para reconducirla a una nueva y duradera estructura jurídica no tanto negadora del contrato como superadora de éste al propender hacia lo comunitario sin por ello destrozar la zona de libre movimiento de la persona. Precisamente la defensa de valores jurídicos de la persona—sea en estos casos trabajador, sea empresario—precisa, en el Derecho del Trabajo, de la adecuación de la teoría del riesgo imprevisible. Nunca podrá perder el Derecho su sentido individualizante (61) en aras de una desenfocada comunización de la vida social.

3. Valor laboral de la teoría del riesgo imprevisible

Al igual que aconteciera con la doctrina del abuso, la teoría del riesgo imprevisible contribuye, resolviendo situaciones que propenden a crear estados de abuso, precisamente, a una más singular caracterización del Derecho del Trabajo, al dotarlo de flexibilidad y poder psicológico de adecuación, permitiéndole así realizar virtual y prácticamente los valores de lo justo. Para evitar tanto las aberraciones del voluntarismo a ultranza, como los peligros de una, a veces, insensible socialización de situaciones jurídicos laborales, se hace necesaria la recepción tanto de la

(58) Vid. *El abuso...*, pág. 54.

(59) DURAND, *Traité...*, II, pág. 96.

(60) Sobre significación y valor del *status* laboral vid. nuestro *Derecho Penal* cit., págs. 31 y ss. Últimamente utiliza estos criterios MARCANTONIO en su op. *Appunti di Diritto del Lavoro*, Milán, 1958, *passim*. También, PROSPERETTI, *La posizione professionale del lavoratore subordinato*, Milán, 1958.

(61) Que nada tiene que ver, ello es claro, con el entendimiento «individualista» del Derecho, al modo usual.

doctrina del abuso como la del riesgo. Por lo que a esta última se refiere, su aplicación a las relaciones de trabajo ha de coadyuvar, de una parte, a la regularización técnica del Derecho laboral, y de otra, a la flexibilización de las relaciones mismas en evitación del poder atractivo que, con signos respectivamente contrarios, siguen ofreciendo individualismos voluntarista y socialización, como fórmulas parciales y jurídicamente extrañas pero invocadas de continuo por quienes desde una condición u otra son partes en la relación de trabajo.

II. RECTIFICACIÓN DE LA VOLUNTAD EN LOS PACTOS POR EL PRINCIPIO DEL RIESGO IMPREVISIBLE

1. Elaboración juspública de la teoría del riesgo imprevisible

Si la conciencia jurídica ha acusado en todo tiempo su sensibilidad ante el hecho de la aparición imprevista de circunstancias que dificultan notoriamente la prestación del obligado (62), la coherencia de esa actitud, hasta el punto de quedar articulada en sistema teórico, ha sido obligado producto de las convulsiones del siglo XX (63). Más aún, del campo del derecho público procede la elaboración de la teoría del riesgo imprevisible, y así lo puso de relieve HAURIUO al recordar que «es a la zaga de la jurisprudencia administrativa como se ha moldeado la cuestión y sus soluciones» (64). Las diversas explicaciones buscadas al hecho de la necesidad de revisar el contenido de los contratos cuando de tener que ser cumplidos según acuerdo previo dificulta en grado sumo la prestación, y que pretendían resolver el problema dentro de la situación contractual—esto es, salvando el principio *pacta sunt servanda*— con métodos de de-

(62) Someras notas históricas en BADENES GASSET, *El riesgo imprevisible*, Barcelona, 1946, págs. 31 y ss.

(63) Con independencia de los precedentes históricos remotos —Cf. BADENES, op. cit., pag. 31 y ss.— que culminan en la fórmula canónica de la cláusula *rebus sic stantibus*—«contractus qui habent tractum succesivum vel dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur»— cuéntase con precedentes de exención para el caso de obstáculo sobrevenido, en el siglo XIX; tal el derecho inglés hacia la segunda mitad de dicha centuria, vid. CARULLO, *La revisione della norma collettiva di lavoro*, Milán, 1942, pág. 11.

(64) *La teoría del riesgo imprevisible y los contratos influidos por instituciones sociales*, en Rev. Dcho. Privado, 1926. La aportación administrativa al respecto, en AUVERNY-BENNETOT, *La théorie de l'imprévision*, París, 1938.

recho privado, constituyeron nobilísimos esfuerzos por salvar a la voluntad contractual de su naufragio irremediable; así, las críticas a la teoría de la *presuposición*, de WINSCHIED, a la de la base del negocio, de OERMANN, o a la tesis de OSTI sobre la idea de la *voluntad marginal* y aún a la tradicional de la *cláusula rebus sic stantibus* (65). Más todavía, la polémica en torno a las facultades de revisión atribuidas a los jueces en esta materia, se centró desde el proyecto FAILLOT (66) en lo que de negación de la voluntad individual tiene el hecho de establecer por vía judicial nuevas condiciones evidentemente distintas de las pactadas. Y es que acaece que sólo mediante la tesis del riesgo es posible admitir una rectificación de la voluntad, sin precisión de intentar un siempre equívoco redescubrimiento de los interiores de la voluntad misma para, después, hacer coincidir ese psicológico hallazgo con una posterior situación externa, ni prevista, ni pretendida ni buscada. Con claridad ha puesto de relieve este hecho el prof. BATLLE en su crítica al respecto: «no es posible descubrir la intención de las partes cuando se trata de supuestos que ni siquiera pudieron preverse. No ha habido voluntad sobre tales supuestos. *Nihil volitum qui precognitum* (67).

El problema encontró solución en el campo del derecho público, donde la posibilidad jurídica de resolución y, sobre todo, de revisión halló eco doctrinal. Con la famosa sentencia del Consejo de Estado francés en el litigio de la Compañía del Gas, de Burdeos, se inicia la tendencia revisionista (68), equidistante tanto de la rigidez del mantenimiento de condiciones previas como de la resolución del pacto, soluciones ambas que sobre no serlo efectivamente, producen por su extremosidad consecuencias igualmente dañosas. Sobre todo si se advierte que son las relaciones jurídicas originariamente privadas, pero que sufren transformaciones por evolución social (69)—contratos de locación y convenios colectivos, especialmente— las que con más presteza obtienen la posibilidad de re-

(65) Un resumen de las construcciones teóricas para fundamentar la revisión de pactos, en CARULLO, op. cit., págs. 18 y ss. Vid. igualmente BADENES, op. cit., par. 62 y ss. y LLUIS Y NAVAS BRUSI, *La llamada cláusula rebus sic stantibus como delimitadora del alcance del principio de que los pactos han de ser observados*, en Rev. gral. Leg. y Jur., octubre 1956, págs. 303 y ss.

(66) Proyecto de ley FAILLOT, de 1915, presentado a la Cámara francesa, atribuyendo al Juez facultades de revisión de contratos afectados por consecuencias imprevistas.

(67) BATLLE, *La imposibilidad económica sobrevenida y no prevista en la ejecución de los contratos*, Murcia, 1945, pág. 14.

(68) De entre la numerosa literatura provocada por la sentencia de 30 de mayo de 1916, vid. nota en *Revue Droit pub.*, 1916, pág. 238; SAINT-MARC, *De l'imprévision dans les contrats administratifs*, París, 1918.

(69) Es en la legislación administrativa donde con prioridad cronológica se regulan su puestos de riesgo imprevisible. Así, en España, la R. O. de 24 de enero de 1862, aceptaba la rescisión de los contratos de obras públicas por variación de precios y jornales, pero no la

visión por riesgos (70). El suceso viene a corroborar prácticamente la idea de que la prevalencia de imperativos sociales obliga no tanto a negar los valores de la voluntad como a supeditarlos a las necesidades efectivas y aún morales de lo común. Por tanto, resulta indudable que, en conflictos entre voluntades preordenadas a un fin y contrapuestas en una cierta medida, cuando el problema tiene su origen en lo excesivamente molesto de la prestación a deducir, la solución del conflicto está fuera de la voluntad inicial de las partes; tal vez con ello se revele, en una estimativa extrajudicial, la relativización del ser de la voluntad. Y a propósito se elude aquí la referencia a la *excesiva onerosidad* de las prestaciones, tomada la expresión en su usual significado económico estricto (71) porque, de una parte, la expresión, siendo valedera, no agota todos los supuestos de revisiones, resoluciones, modificaciones y suspensiones, ya que, como más adelante se observa, riesgos marginales de lo económico pueden hacer acto de presencia en los contratos: y de otra, porque hay supuestos contractuales en los que el entendimiento de la excesiva onerosidad, dada la situación real ante la que se presentan, hacen descalificable la petición de exoneración.

La observación última se realiza y comprueba con mayor grafismo en las relaciones de trabajo precisamente. De ahí la importancia que para éstas tiene la teoría del riesgo imprevisible: su incorporación al Derecho del Trabajo se apoya en la necesidad de admitir la revisión, primero y con ella la posible resolución, suspensión y aun modificación del contenido de las prestaciones laborales en aquellos casos en que el evento surgido comprometa y dificulte notoriamente la realización humana que entraña en todo caso la conducta del trabajador. Lo mismo cabe predicar de la del empresario, añadiendo en este caso la posibilidad—menos frecuente en el supuesto del trabajador— del menoscabo económico de consideración.

2. Incorporación de la teoría del riesgo imprevisible al derecho de convenciones colectivas de trabajo

Aun excediendo el tema de nuestro propósito es obligado señalar el suceso de que el planteamiento de las relaciones laborales substantivas

revisión. En Francia, el ya citado proyecto FAILLOT, convertido en Ley en 1918. En Italia, el R. D. de 8 de febrero de 1923 y el R. D. Ley de 21 de julio de 1927, sobre revisión de precios en contratos administrativos.

(70) Francia; leyes de revisión de alquileres de 1918 y 1925, y leyes de 1927 y 1933 sobre revisión de contratos colectivos de trabajo. En Italia la revisión de los contratos colectivos quedó establecida por el art. 71 del R. D. de 1 de julio de 1926.

(71) Es frecuente remitir los supuestos de riesgo a condiciones meramente económicas, ejemplo, CANDIL, *La cláusula rebus sic stantibus*, Sevilla, 1943.

al amparo de las convenciones colectivas, justifica que cronológicamente, la atención hacia los problemas derivados de la contratación se polarice no tanto en la situación individual como en su presupuesto jurídico. Todavía el casi único aspecto subrayable de la posibilidad de riesgo —la excesiva onerosidad— jugó en los comienzos de la regulación. En este punto las normas iniciales reguladoras de la posibilidad de riesgos en materia de trabajo, atienden al supuesto de revisión *ante tempus* de la convenciones colectivas, y ello porque, en opinión de algún autor, «la convención colectiva, por su propia naturaleza, está negociada bajo la cláusula implícita *rebus sis stantibus*» (72); razones profundamente económicas, en especial de reajuste de salarios, hicieron converger la atención hacia la defensa del revisionismo (73) que legalmente se generalizó en la década que corresponde al período de expansión teórica del Derecho del Trabajo, es decir, hacia los años 1930-40 (74). Los fundamentos de la revisión de los convenios colectivos se han tomado bien del supuesto de la *imprevisión*, bien, últimamente, del principio del *cambio notable* de la situación de hecho, siguiendo en este caso la doctrina consagrada por la Ley italiana de 3 de abril de 1926 sobre regulación de las relaciones colectivas de trabajo (75). La revisión del convenio por el principio del riesgo imprevisible, fundamenta el derecho francés, así como el alemán y, por inspiración de éstos, los sistemas danés, sueco y noruego (76). En Alemania (77) la revisión, con fundamento en la teoría de la cláusula *rebus sic*

(72) GALLART FOLCH, *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo*. Barcelona, 1932, pág. 164.

(73) A la doctrina corporativa italiana corresponde la más brillante aportación al respecto. Además de la monografía de CARULLO sobre el tema, y las referencias en obras generales, la cuestión fué estudiada, entre otros, por GUIDI, *L'azione di revisione e i patti di lavoro di breve durata*, en *Dir. lav.* 1927. MALGHIDIONI, *Sulla validità dei contratti collettivi e sulla clausola rebus sic stantibus nel diritto italiano*, en *Foro it.*, 1927, I, ILLENI, *La condizioni rebus sic stantibus nel diritto sindacale*, en *Il foro delle nuove province*, 1927, II; PATERNOSTRO, *Un caso di attuazione pratica della teoria delle presupposizione*, en *Lo Stato corp.*, 1927; VIGLIONE, *L'azione sindacale di revisione*, en *Dir. lav.*, 1927.

(74) Prescindiendo de antecedentes aislados, cual lo es por antonomasia el Decreto italiano de 1927, corresponden a este período; la Ley canadiense de 20 de abril de 1934 (art. 6); la Ley inglesa de 28 de junio de 1934, para la industria algodonera del Lancashire; art. 36 del Código de trabajo mejicano de 18 de agosto de 1931; art. 31 de la ley francesa de 1936 y Ley de 4 de marzo de 1938.

(75) Según el art. 81 de la misma si sobreviniere un cambio notable en la situación de hecho, la parte interesada o el ministerio público pueden requerir la revisión de la sentencia [de la Magistratura] antes del término de su validez y después de haberla pronunciado el Magistrado.

(76) Dinamarca, Ley de salarios de 30 de mayo de 1940 y Ley de 14 de septiembre de 1940, creando el Consejo de Trabajo y de Conciliación. Suecia, Ley de 22 de junio de 1928, sobre convenios colectivos. Noruega, Ley de 5 de mayo de 1927, sobre conflictos de trabajo.

(77) La evolución jurisprudencial sobre la materia, en MITSOU, *Les rapports entre conven*

stantibus, sólo era admitida por el *Reichsarbeitsgericht* en caso de acontecimientos completamente imprevistos y de carácter extraordinario, estableciendo con tal criterio un principio de rigurosa severidad, comparado por la doctrina laboral francesa. Contrariamente, el criterio de la revisión de las convenciones colectivas por *cambio notable*, correspondiente a la institución laboral del arbitraje en conflictos colectivos de trabajo, tiene su fundamento en una sola condición, a saber; la modificación sensible de las condiciones de hecho bajo las cuales se negociara el convenio —*notevole mutamento dello stato di fatto*—, entendiéndose por tal, v. gr., alzas del coste de la vida, cambios en los costos de producción, innovaciones técnicas en la industria originadoras de alteración entre la realidad y la situación jurídica, y aun factores de orden moral y político que pudieran «ejercer una influencia considerable sobre la situación bajo la cual las organizaciones profesionales hubieran concluído la negociación colectiva, siendo tenida por elemento esencial de la misma (78). Corresponde esta apertura más ductil a la doctrina italiana y, aun con técnica distinta, informa los derechos australiano y neo-zelandés (79), siquiera en estos últimos, el mecanismo revisionista esté tomado, según observa Mrrsou, del que corresponde al sistema de modificación de leyes (80).

Con todo, el principio de revisión de los convenios sólo está parcialmente admitido en la legislación comparada. Algunas, de relativa perfección en el orden laboral, como lo es la belga, aún contienen principios antirevisionistas de derecho común, que pugnan con la naturaleza misma de la convención colectiva porque ésta, en opinión de VAN GOETHEM y GEYSEM está, por naturaleza, destinada a adaptar las condiciones de trabajo a las de la economía (81). Para los autores citados, salvo pacto expreso contenido en el propio convenio, los tribunales no pueden admitir la revisión con apoyo en la teoría de la imprevisión, por imposibilidad de presumir implícita la cláusula *rebus sic stantibus* (82). Con esta opinión

tion collective et sentence arbitrale, París, 1958, págs. 342 y ss., con una consideración amplia y documentada sobre la revisión de los convenios colectivos, en págs. 286 y ss.

(78) Mrrsou, op. cit., pág. 349.

(79) En Nueva Zelanda, tras una serie de disposiciones legales *revisionistas* que comienzan en 1908 con la Ley de conciliación y arbitraje, se ha llegado a la Ordenanza de 5 de abril de 1950 por la que se atribuye al Tribunal arbitral el poder, cada vez que sea preciso, bien por propia iniciativa, o a petición de las agrupaciones profesionales de trabajadores y empresarios, de modificar —aumentando o reduciendo— las disposiciones relativas a salarios contenidas en los convenios colectivos y sentencias arbitrales.

(80) Op. cit., pág. 356.

(81) Vid. *Droit du Travail*, Bruselas, 1950, pág. 308. En el mismo sentido, GEYSEM, en *Les nouvelles. Corpus Juris begici. Droit social*, Bruselas, 1953, t. I, pág. 168.

(82) VAN GOETHEM y GEYSEM, op. cit., págs. 309-10.

se reafirma la tesis de la cláusula sobreentendida a los fines de pretender resolver con equidad las situaciones objetivas planteadas en los convenios, entre otras razones —cuales pueden ser las tradicionales inherentes a la crítica de la teoría de la *cláusula*— por el propio fundamento, o sea, por la atribución de carácter contractual estricto a la naturaleza de los convenios colectivos de trabajo. Porque, aun sin ser de precisión el pronunciarnos ahora por la naturaleza de las convenciones colectivas (83), el hecho cierto es que la regulación de condiciones de trabajo en la actualidad se separa, en su explicación, cada vez más de las formas contractuales (84). Este fenómeno, así como el correlativo del acercamiento de la convención a la reglamentación estatal o de derecho público (85), ni altera el carácter fuertemente vinculante a lo económico de la regulación de condiciones de trabajo ni, por otra parte entorpece, frente a la Administración u órganos delegados, el ejercicio de petición de revisión por consecuencia de alteración de circunstancias imprevisibles al realizar el convenio normativo. Y es que se hace necesario, en el ámbito del Derecho Administrativo, o de Corporaciones, llevar más allá de los estrictos supuestos de la contratación los alcances de la teoría del riesgo (86).

La vigente legislación española sobre convenios colectivos sindicales ha consagrado el principio de la revisión al establecer la ley de 24 de abril de 1958 que los convenios habrán de contener, entre otras normas, «la fecha de entrada en vigor, el plazo de vigencia, si se acordase y, en su defecto, las razones que determinen la rescisión o revisión del convenio pactado, previa denuncia que no podrá ser preavisada con plazo inferior a tres meses» (87): indudable la recepción del principio revisionista, la ley, sin embargo ni determina sus fundamentos ni su instrumentación, ausencia que, igualmente se deja sentir en el Reglamento de aquella (88) porque ha preferido liberar a las entidades determinadoras del conteni-

(83) No podemos sustraer esta nota, en la que se recuerda, por lo que de significativo tiene, que OERTMAN, con anterioridad a CAHNELUCCI, ya admitía el carácter contractual normativo de las convenciones colectivas; vid. su *Deutsches Arbeitsvertragsrecht*, Berlín 1923.

(84) El profesor ALONSO OLEA, al estudiar con detalle la evolución dogmática de la regulación colectiva, ha destacado el carácter de norma objetiva que es propio del pacto; el tránsito del pacto a la reglamentación, ha venido a poner de relieve la substancia normativa de aquel, y a arrumbar definitivamente los intentos de explicar el pacto colectivo a través de una figura civil de contrato. Cf. M. ALONSO OLEA, *Pactos colectivos y contratos de grupo*. Madrid, 1955, págs. 117-18.

(85) Sobre el tránsito del pacto colectivo a la reglamentación, vid. OLEA, op. cit., págs. 114 y ss.

(86) Así, BADENES, op. cit., págs. 165 y ss., limita en derecho administrativo la aplicación de la teoría del riesgo a los contratos administrativos.

(87) Art. 12.

(88) Reglamento, art. 5, par. 7.º, y art. 6, par. 4.º.

do, atribuyéndoles la potestad de ser ellas mismas quienes prevean la técnica determinante de los supuestos de alteración de circunstancias justificativas de «la rescisión o revisión» del convenio, debiendo entenderse que, en este último caso, se contienen los supuestos de modificación del contenido. Por lo demás, no parece admisible invocar para nuestro sistema el régimen de la cláusula *rebus sic stantibus*, siquiera a él haya acudido algún comentarista de la nueva legalidad española sobre la materia (89), olvidando el carácter normativo y no contractual que determina la naturaleza misma de estos instrumentos. Más se acerca a la superación del régimen de la cláusula CARRO IGELMO cuando, comentando el art. 12 de la Ley pone de relieve la observación de que «quizá por las dificultades y fricciones a que se prestaba la solución» de la cláusula (90), se adoptó el sistema que el repetido artículo registra. En rigor habrá que encomendar al futuro el alcance de nuestro sistema revisionista, dudosamente eficaz, toda vez que, por el contexto del art. 12, nuestros convenios habrán de *preveer* «las causas que puedan determinar la rescisión o revisión», cabalmente las que, en efecto, se revelen como previsibles lo que, en suma, encierra una logomáquica petición de principio difícilmente comprensible.

3. Otros alcances de la teoría del riesgo laboral imprevisible

Por lo común, antes lo hemos recordado, la doctrina del riesgo se remite al derecho contractual, pensamos que por presión de la tradicional *cláusula rebus sic stantibus* (91), aunque se admita su idoneidad respecto de otros actos y negocios jurídicos no contractuales: el riesgo imprevisible, ha observado BADENES, es aplicable desde el punto de vista teórico, tanto al derecho público como al derecho privado, y se extiende a todos los actos jurídicos en general (92). La observación es de la mayor importancia si se piensa en el estado actual y positivo del Derecho del Trabajo,

(89) PÉREZ LEÑERO escribe al respecto: «Hay legislaciones que preveen la *revisión* periódica o que la admiten en determinadas circunstancias, como en el artículo 12 de nuestra Ley. El convenio colectivo, como todo contrato, lleva implícita la cláusula *si rebus sic stantibus*...». Vid. *Convenios colectivos sindicales. Doctrina y legislación*. Madrid, 1959, págs. 59-60.

(90) A. JOSÉ CARRO IGELMO, *Convenios colectivos de trabajo*, en publicación de la Escuela Social de Barcelona, 1959, pág. 133.

(91) El trabajo de LUIS, citado anteriormente, que con carácter explícito resuelve el problema de los riesgos sobrevinientes desde la doctrina de la cláusula, muestra la insuficiencia de la misma al pretender explicar el autor la movilidad que en la fijación de la cuantía de alimentos familiares establece el Código civil. Cf. loc. cit., pág. 432.

(92) Op. cit., pág. 227, si bien el propio autor, de hecho, lo relaciona tan sólo a los contratos privados y administrativos.

en su generalidad, habida cuenta de la ingerencia estatal que por doquier acusa (93). En especial es el derecho laboral español campo abonado a la idoneidad de la teoría del riesgo respecto de los actos de la Administración laboral; el acto administrativo laboral (94), en lo que tiene de intervención en una relación jurídica entre dos administrados o en relaciones con un ente público motivadas por aquellas (95) puede determinar situaciones futuras que, a modo de cuñas en el contenido substantivo del contrato individual de trabajo deformen su naturaleza respecto de situaciones igualmente por venir y efectivamente acaecidas. Con más, la persistencia en nuestro régimen positivo del sistema de Reglamentaciones de trabajo (96) por ramas de la producción, peculiariza a aquel hasta singularizarlo respecto del panorama de los derechos nacionales. La actividad reglamentaria dimanante de la Ley de 16 de octubre de 1942, constituye generalmente la cristalización jurídica, mediante actos regla, de la formulación de derecho público de la actividad substantiva laboral, hecho que invalida las técnicas al uso en materia de revisión de condiciones de trabajo, y aunque aquella parece estar prevista por la propia ley (97), queda, según el propio texto legal, remitida al poder discrecional de la Administración (98). La cuestión queda aquí solamente aludida puesto que exce-

(93) Piénsese, más allá del tema de la regulación objetiva de las condiciones de trabajo. Así, por ejemplo, los problemas de colocación, o los deducidos del aspecto jurídico de la previsión, colizaciones, etc.

(94) Vid, justificación de esta terminología, así como la fiscalización contencioso administrativa del acto mismo, en las interesantes páginas que al tema dedican BAYÓN y PÉREZ BOTAJA en su *Manual* cit., v. II, págs. 758 y ss. Un acto administrativo se califica de laboral, dicen los autores aludidos, no sólo por proceder de una autoridad del Ministerio de Trabajo u organismo gestor de Seguridad Social, como sobre todo, porque afecta a relaciones de trabajo.

(95) BAYÓN y PÉREZ BOTAJA, op. y vol. cit., pág. 761.

(96) Art. 3, Ley convenios colectivos sindicales.

(97) «Las Reglamentaciones de trabajo de carácter nacional podrán ser adaptadas a las circunstancias especiales de una determinada zona o localidad, siempre que no se vulneren las orientaciones fundamentales de las mismas ni se disminuyan las condiciones mínimas por ellas marcadas. Esta adaptación se llevará a efecto por la Dirección General de Trabajo, de oficio o previa propuesta de las Delegaciones Provinciales de Sindicatos elevadas a los Delegados de Trabajo, que las remitirán, a tal efecto, al Ministerio debidamente informadas. La Dirección habrá de pronunciarse respecto a la propuesta, en el plazo de quince días hábiles, computados desde su ingreso en el registro» (art. 13).

(98) El art. 11-b) de la Ley Orgánica de Delegaciones de Trabajo determina que es función de aquellas «proponer al Ministerio la resolución de las cuestiones que se susciten en la aplicación de las leyes, Reglamentos o contratos de trabajo que no estén específicamente atribuidos a la Magistratura del Trabajo». Por su parte, el Reglamento de la citada Ley determina (art. 27. par. 2.º) que los Delegados pondrán en conocimiento de la Dirección General de Trabajo las necesidades de la provincia en orden a la reglamentación laboral, para que por ésta se adopten las medidas pertinentes».

de el ámbito del presente estudio, reducido a los límites de la relación individual de trabajo. Mas en caso alguno cabe olvidar, sea cualquiera el estado de nuestro régimen de derecho positivo, que si la imprevisión de riesgos es —valga la paradoja— normalmente previsible, habrá de buscarse su articulación jurídica para evitar que por aplicación estricta del derecho *protector* se obtengan conclusiones contrarias a la eficacia y justicia buscadas: una vez más se hace preciso evitar la verificación del *summum ius summa iniuria*.

4. Observaciones metódicas

Por cuanto dejamos dicho, y al penetrar con cierto detalle el tema del riesgo imprevisible, ha de puntualizarse:

—Que en el ámbito de la actividad laboral y desde el punto de vista de su regulación jurídica, parece incuestionable el hecho de que puedan aparecer efectivamente riesgos imprevistos. Estos, por su mismo carácter, hacen en extremo perjudicial el cumplimiento de obligaciones laborales, tanto a sujetos concretos como a sectores generalizados de la producción.

—Que, al pretender la «previsión» jurídica de los supuestos de riesgo, han de ser tenidas en cuenta tanto las relaciones individuales como grupales y aún colectivas de trabajo, producidas en lo próximo por los contratos individuales o contratos de equipo, y en lo genérico por normas de regulación colectiva, tanto de carácter estatal como institucional.

—Que, así situada la generalidad del tema, es necesario separar los supuestos. La articulación del régimen de solución de riesgos referidos a la ordenación general o colectiva, es radicalmente diversa de la conveniente al supuesto de las relaciones individuales de trabajo.

Estas someras indicaciones nos sitúan en el centro mismo del tema que nos proponemos dilucidar en el presente trabajo, cual es el de la aplicación de la teoría del riesgo imprevisible al contrato individual de trabajo, con referencia a la situación vigente en el derecho positivo español.

III. RIESGO IMPREVISIBLE Y SEGURIDAD JURÍDICA DEL TRABAJO

1. La seguridad jurídica y el Derecho del Trabajo

Acaece con más frecuencia de la deseable que, en aras de propósitos de reforma social, se intentan aspectos de ésta contrariando o tal vez desoyendo fundamentales exigencias de orden jurídico. No todo propósito de mejoras de condiciones de trabajo, pongamos por caso, constituye por su propia finalidad y sin otro apoyo intención jurídicamente realizable. De aquí que óptimas intenciones, a veces formalmente cristalizadas en disposiciones legales, carezcan a la postre de virtualidad, ora porque la inexorable realidad se encarga por sí sola de advertir a unos y otros sobre la improcedencia o imprudencia de lo propuesto, ora por pasivas e insuperables resistencias. Tales constataciones sirven para recordar que todo sistema normativo, por modesto que sea en extensión e intención, debe contar con un propósito de seguridad jurídica normalmente realizable en la persona de los destinatarios de la norma. La idea de la seguridad jurídica, que dista, por supuesto, de cualquier circunstancial y malévolos conservadurismo ajeno a los valores de la justicia, constituye, para las relaciones laborales, su propia funcionalidad. Quizá el problema radique en armonizar esta seguridad, que parece reclamar un sistema rígido y estable, con el propósito de justicia, que por otra parte requiere de la suficiente agilidad para, como observaba RADBRUCH, al contraponer ambas categorías, poder adaptar el sistema normativo a cada condición social y económica (99).

(99) Vid. RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, 2.^a ed. Madrid, pág. 12. Sobre este tema, Cf. MARÍA PALANCA y E. PÉREZ BOTIJA, *El principio de seguridad en Derecho del Trabajo*, en *Rev. Dcho. del Trabajo*, n.º 16.

El sentido funcional de la seguridad jurídica constituye un *iter* a seguir en la dogmática del Derecho del Trabajo. En tanto esta disciplina mantenga sus propios fundamentos, sus supuestos económicos últimos y aún la inserción de sus instituciones en los sistemas políticos que si ciertamente no la provocaron han hecho posible, cuando menos, su actual tecnificación, la lucha por conciliar aquellos tres principios que para RADBRUCH constituían la base de todo orden jurídico (100), ha de incitar al jurista. La vida de la empresa condiciona en cualquier momento la existencia laboral y hasta física, a veces, del trabajador. Y el existir de la empresa, a diferencia del humano existir del trabajador, es absolutamente jurídico: los ingredientes extrajurídicos de aquella —económicos, técnicos, etc.— contribuyen cuando más, a la posibilidad de ese existir que, por lo demás, depende formalmente de las normas jurídicas que configuran la realidad empresaria. Si esto es indudablemente así, la entidad jurídica que es la empresa está precisando, como señala RECASENS al fijar la función formal del Derecho, de la *certeza* de las relaciones sociales, pero también de la *seguridad*; esto es, de lo que tendrá forzosamente que ocurrir (101).

Lo anteriormente indicado es, desde situación diversa, predicable respecto del trabajador: también a él la *certeza* y la *seguridad* jurídica le aperciben como mantenedoras del *status* laboral en que su condición social le sitúa con propósitos duraderos. Ahora bien, si con respecto del trabajador la seguridad jurídica adquiere sentido funcional, pues de aquella deriva el fin extrajurídico que con el trabajo por cuenta ajena se persigue, y por ello en todo caso debe serle asegurada, no con menor rigor y persistencia ha de ofrecérsele también a la empresa. En este sentido, se trata de alcanzar lo que para el positivismo sociológico resultaba inaprehensible, a saber; la armonía entre la justicia, la seguridad jurídica y los fines perseguidos por los sujetos. A ello, en la órbita del Derecho del Trabajo, contribuye en buena medida la teoría del riesgo imprevisible.

2. La seguridad jurídica desde la empresa

La seguridad jurídica, particularmente referida al orden del trabajo, se revela como *desiderata* política en el sentido de que, con terminología de LEGAZ, podemos decir que institucionaliza y cosifica la vida social (102). Por ello, la seguridad jurídica laboral, como garantizadora de la convi-

(100) *Op. cit.*, pág. 50.

(101) RECASENS, *Vida humana, Sociedad y Derecho*, 3.ª ed. México, 1952, págs. 220 y ss.

(102) *Supuestos conceptuales de la Política social*, en Cuadernos de Política Social, n.º 4, pág. 18.

vencia en el trabajo, no es tanto un presupuesto como una resultancia. Presupuestos lo son, en este sentido, la seguridad social y la seguridad económica. Ambos, al ser instrumentados jurídicamente, realizan fines que corresponden respectivamente a trabajadores y empresarios. Y el problema reside en homogeneizar, desde la moral, ambos propósitos. Es entonces cuando la seguridad jurídica aparece como producto que, desde este punto de vista, constituye la estructura de derecho que armoniza y hace posible la vida social desde el orden del trabajo. Pero si la seguridad social, entre sus varias instrumentaciones jurídicas ha contado, en especial con la adecuación de la doctrina del abuso del derecho a las relaciones individuales de trabajo, la seguridad económica, en su referencia a la continuidad de las empresas, puede quedar instrumentada adecuando a la vida jurídica empresarial la doctrina del riesgo imprevisible, sin que ello suponga desconocer su importancia respecto de situaciones emergentes en que puede verse sumido el trabajador. Realmente se vislumbra, por la teoría del riesgo la posibilidad de obtener un verdadero estado de seguridad jurídica en la relación de trabajo que, afectando por igual a los sujetos de la misma, patentice, en lo que a la empresa se refiere, el propósito de justicia que anima y justifica la legislación laboral.

Ahora bien, el riesgo imprevisible, como articulación de la seguridad económica empresarial, no puede realizarse plenariamente en cuanto principio rector si se mantiene a ultranza, primero, el carácter patrimonial estricto de la empresa (103), y segundo, y consecuentemente, el puro esquema contractual como conformador de las relaciones de trabajo (104). Y ello por obvias razones a las que no resulta extraña la fundamental de que en la medida que se acentúa el carácter patrimonial de la empresa, crece el poder exclusivo y excluyente del propietario y, de consecuencia y como contrapartida, crece también la carga de riesgos que, en su generalidad y como tales riesgos de empresa, comprenden los de carácter imprevisible. En esta dirección cabe entender la *ajenidad* al riesgo de la empresa en cuanto elemento que para BARASSI, junto con otros, configura la relación de trabajo (105), desde el punto de vista, añadimos nosotros,

(103) Ulltimamente, la superación de este carácter se apuntó en los Estudios del Consejo Social de la Organización Sindical española, de 1959. vid. *Recomendación*, Madrid, 1959.

(104) Por supuesto que nos desenvolvemos en un sistema dialéctico equidistante a la vez de la pura socialización. En éste, como en otros temas de Derecho del Trabajo, el prof. PÉREZ BORJA ha situado la cuestión en sus justos límites al aludir expresivamente a la «laborización» de la empresa.

(105) *Tratado de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1953, t. I, págs. 340 y ss. Las consecuencias prácticas son incuestionables. KROTOSCHINS, al considerar los casos de imposibilidad de prestación, cuando reviste carácter circunstancial, atribuye, de acuerdo con la legislación sobre la que redactara su *Curso*, al empresario la obligación de seguir pagando salarios al trabajador,

del más firme y tradicional contractualismo defendido por el maestro italiano (106).

Pero el riesgo que, imprevisible, entraña inseguridad económica o de la empresa, amenaza tanto a ésta en cuanto patrimonio como a sus elementos personales —empresarios (107) y trabajadores. Salvar ese riesgo, y con él la existencia misma de la entidad empresarial, sólo será posible en la medida que la naturaleza *comunitaria* de la empresa gane terreno a la *patrimonial*. En este empeño está emplazada la teoría laboral de la empresa, que para nosotros tiene «tanta relevancia como la teoría del Poder entre los investigadores del Derecho Político» (108).

La aproximación del tema del riesgo imprevisible desde la empresa habrá de realizarse, en un primer contacto, configurando a la relación laboral, al modo de un contrato con mezcla de institución (109), porque, como indicaba HAURIU, «ese elemento de la *institución* revela ya el interés común y el riesgo común también»; y más adelante, al puntualizar que «ese espíritu penetra desde luego y lleva consigo el sentimiento del riesgo común y de justicia distributiva», sintetiza el modo de manifestarse el encadenamiento lógico de causas y efectos; 1.º, contrato ligado

o despedirle con obligación de indemnizarle. En consecuencia —dice— «el patrono asume el llamado «riesgo de empresa», inclusive en los casos de fuerza mayor (siempre que no determinen la cesación o liquidación total del negocio). Por tanto corren de cuenta del patrono la falta —previsible o imprevisible— de energía, de materias primas, de pedidos, las consecuencias de catástrofes (incendios, etc.) en cuanto interrumpen el trabajo por un lapso mayor del previsto para la suspensión...», cf. su *Curso de Legislación del Trabajo*, Buenos Aires, 1950, págs. 92-3 y nota 31.

(106) La posición de insprivatista de BARASSI al estudiar lo jurídico laboral es insistida al considerar la empresa: «En el derecho del trabajo domina, pues, el derecho privado sobre todo. Hoy la estructura democrática de la empresa significa organización de iniciativas privadas con la colaboración voluntaria de cada uno de los dependientes, dadores de mano de obra, es decir, un organismo de derecho privado (vid. *Tratado de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1953, v. I, pág. 35). Y antes, sobre el contrato: «De cualquier modo, queda desde ya firme que en la estipulación de una relación de trabajo se reconoce hoy en principio y dentro de los límites que veremos, lo que es, por otra parte, una regla fundamental en la formación privada de los contratos; dos voluntades que han hallado el punto de equilibrio en el acuerdo» (loc. cit., pág. 34).

(107) Ha de precisarse el contenido técnico de la voz *empresario* entendiéndolo con BAYON y PÉREZ BOTIJA como el titular de una organización laboral de cierta complejidad, con dedicación profesional al ejercicio de esa actividad», dotando así al concepto de la significación económica de la que carece el patrono. Cf. op cit., vol. II, pág. 265.

(108) Vid. PÉREZ BOTIJA, *Una teoría laboral de la Empresa*, en las Conclusiones del III Congreso Nacional de Trabajadores, en Rev. Derecho del Trabajo, Madrid, septiembre-octubre, 1955, pág. 99, nota 2. Llámase allí la atención sobre la necesidad impuesta a los laboristas de atender esencialmente al tema de la empresa, hasta el punto de postular una ontología de la misma.

(109) Cf. PÉREZ BOTIJA, *Las nuevas doctrinas...*, cit.

a una institución o influido por ella. 2.º, situación contractual unida a una comunidad de interés, y aquel espíritu común que nace de la institución; y, 3.º, en caso necesario, un acto de justicia distributiva para el reparto de los riesgos reputados comunes (110).

Configurado el contrato de trabajo sobre base institucional (111) la institucionalización de la empresa constituye, para el Derecho del Trabajo, el presupuesto moral que hace posible la estructura del riesgo. Este carácter institucional se hace jurídicamente viable cuando trabajadores y empresarios, relacionados en el trabajo por vínculo contractual, cobran sin embargo conciencia de que, superado el nudo convenio de trabajar y retribuir, quedan ligados por un haz de conductas predestinadas a un fin que les es común. De tal relación vino a decir PÉREZ BOTIJA que es más bien una *institución*. Surge por un acto jurídico determinado, mas luego, en virtud de la unidad de fin, se va transformando en un verdadero proceso institucional (112).

3. Tratamiento laboral de los problemas del riesgo

La comunidad de fines postulada para robustecer el carácter institucional de la empresa, no puede sin embargo mantenerse hasta el extremo de deducir de ella la comunidad de riesgos en todo evento, so pena de caer en los debatidos esquemas del contrato de sociedad en su traslación a las relaciones de trabajo. Por otra parte, esa misma concepción institucional de la empresa obliga a diferir de las soluciones de derecho común cuando la imposibilidad de ejecución hace acto de presencia, pues como dice DURAND, a quien seguimos en sus argumentos para la justificación de riesgos en lo laboral, «una tendance profonde du droit du travail étend les cas de suspension au détriment des cas de résiliation, afin d'assurer la

(110) Vid. *La teoría del riesgo...*, cit., pág. 3.

(111) El contrato y la institución, pese a sus diferencias fundamentales, no se excluyen en la relación de trabajo. MEXOURTA señala como realidad la coexistencia de ambas instituciones; vid. su *Direito disciplinar do Trabalho...*, cit., págs. 16-17.

RABAGLIETTI escribe al respecto: «Il contratto di lavoro crea sempre, oltre al rapporto contrattuale, un rapporto istituzionale (contratto di attività), dove la causa, oltre agli elementi dello scambio, vede anche lo svolgimento di una attività in comune. Questo rapporto è istituzionale perchè lo svolgimento dell'attività in comune richiede l'accordo delle parti (che, nel rapporto istituzionale di lavoro, sono tipicamente in maggioranza e in minoranza) circa le norme e i comandi —organizzazione— che l'una viene ad avere il potere di dettare all'altra, nell'interesse comune. Se crea un rapporto istituzionale, non è detto però con questo che crei sempre l'istituzione» (Cf. *Introduzione alla teoria...*, cit., págs. 65-7).

(112) Vid. *Las nuevas doctrinas...*, cit., pág. 6.

stabilité de l'emploi »(113), si bien tales garantías no podrán nunca llevarse al extremo de hacer degenerar el derecho a la estabilidad —«fijeza» del trabajador en la empresa— hasta los límites del abuso de derecho al respecto, contención ésta instrumentable precisamente a partir de la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible.

El riesgo imprevisible en la empresa presenta, como es obvio, carácter genérico de posible acaecimiento: de ahí que afecte por lo común a interrupciones colectivas de trabajo y, consecuentemente, se le estudie en su generalidad, es decir, como riesgo de empresa o inherente a ella. Ello explica la aparición en el derecho germano del *Betriebrisiko* (114) y su consideración en cuanto teorizable por el común de la doctrina, si bien al asentar su realización práctica sobre principios de derecho común escinde las soluciones, por cuanto, ante supuestos de fuerza mayor, unos abogan por la exoneración de responsabilidad empresarial, en tanto que otras tendencias, recurriendo a una interpretación en extremo forzada del principio de la responsabilidad del acreedor incurso en mora, se pronuncian por el obligado abono de salarios (115). La posterior elaboración, ya con específica técnica laboral, de la llamada *teoría de las esferas*, si bien trata con mayor detalle los supuestos de responsabilidad, adolece, al igual que la anterior, de unilateralidad, pues sólo se plantea y resuelve conflictos de carácter colectivo. Efectivamente la *teoría de las esferas* tiene su fundamento en el propósito de adecuar los principios generales del derecho a la especial configuración de las relaciones laborales. Mediante la creación teórica de las denominadas *esferas de riesgo*, y partiendo de la comunidad de trabajo, las interrupciones de éste, en cuanto corresponden a las esferas de responsabilidad de empresarios o trabajadores, son soportadas por unos u otros (116). Mas de la *teoría de las esferas* se ha criticado su propio fundamento al observar que la comunidad de empresa lo es tan sólo, al menos hasta el presente, de orden moral, pero no jurídico, pues tal comunidad no penetra el ámbito patrimonial de la empresa.

(113) Cf. *Traité...*, II, págs. 792-3. Sobre la relativa estabilidad, vid. BOGLIANO, *La estabilidad en el contrato de Trabajo*, Buenos Aires, 1957.

(114) Vid. NIKISCU, *Arbeitsrecht*, Tübingen, 1959, v. II, págs. 167, 177 y 320.

(115) El fundamento de las respectivas posiciones estaba en el Código civil germano, pars. 323 y 615 respectivamente.

(116) Por ejemplo, las huelgas parciales, que se originan en la esfera de la responsabilidad de un sector de los trabajadores, impiden sin embargo la total y normal marcha de la empresa, lo que a la vez produce la exención de la otra parte de la comunidad —la empresa— de abonar salarios durante el conflicto. Sobre el tema, vid. VÁZQUEZ MATEO, *En torno a la teoría del riesgo de empresa*, en *Rev. Dcho. Trabajo*, 1955, n.º 9.

Una tercera aportación, debida al derecho francés, es la que podría denominarse teoría de los riesgos propios del contrato de trabajo (117). De esta teoría cabe anticipar su carácter igualmente unilateral, porque sólo atiende los riesgos de empresa, pese a su alusión a las características del contrato (118). Por lo demás, resuelve las situaciones con el único y exclusivo arbitrio de la suspensión del contrato: sistematizados los riesgos en tres grupos —interrupciones del trabajo imputables a la empresa, interrupciones por *riesques anormaux* de carácter económico, e interrupciones por causa de huelga (119)— tan sólo el segundo, en rigor, reviste los caracteres problemáticos de imprevisibilidad (120), y su solución no lo es tanto jurídica como de orden público, ya que impuesto el abono de salario, esta carga es soportada por la Empresa y el Estado (121).

La doctrina italiana más reciente viene dando un tratamiento peculiar a los problemas del riesgo de empresa desde el punto de vista del Derecho del Trabajo, y por el cual parece probable abrir nuevas perspectivas al problema. En todo caso, las soluciones propenden a cargar, quizá con exceso, las consecuencias de riesgos y circunstancias sobrevenidas, a la empresa acreedora de trabajo. SIMI justifica la posición partiendo de un supuesto harto radical; la imposibilidad sobrevenida, desde el plano empresarial, ya es difícil de configurar porque, dice este autor, es de naturaleza dineraria y, por ello, siempre posible, siquiera quepa excepcio-

(117) Tras su referencia a las que hemos reseñado, escribe DURAND, «Ces théories révèlent l'apparition d'une théorie des risques propres au contrat du travail. Des idées différentes, mais aussi caractéristiques du particularisme du droit du travail, se sont manifestées en droit français...». *Traité...*, II, pág. 797.

(118) «...un certain nombre de textes ont organisé la suspension du contrat au cas d'interruption collective du travail», DURAND, loc. cit.

(119) Los efectos de suspensión de la relación laboral caso de huelgas «legales» fueron admitidos por la jurisprudencia francesa y norteamericana; en Italia la solución tiene recepción política en el art. 40 de la Constitución. La explicación teórica de tales efectos radica, según MAZZONI, en que el contrato de trabajo individual debe entenderse tácitamente sujeto a la cláusula *rebus sic stantibus*, quedando por ello sujeto a revisión o resolución si varían las circunstancias existentes al momento de la estipulación. Cf. MAZZONI, *Il contratto di lavoro...*, cit., pág. 382.

En Francia, el art. 4 de la Ley de 11 de febrero de 1950 registra el principio general de que la huelga no rompe el contrato de trabajo, en principio, siguiendo así la jurisprudencia sentada desde 1946 si bien, explica BOUÉRE, por ser el de trabajo un contrato sinalagmático los huelgistas no tienen derecho al salario correspondiente al tiempo no trabajado, aunque de hecho entre las reivindicaciones formuladas al momento de resolver el conflicto, figura el abono de los días de huelga. Vid. JEAN PIERRE BOUÉRE, *Le droit de grève*, París, 1958, págs. 206 y ss. con abundante doctrina jurisprudencial.

(120) Técnicamente es criticable, pues agrupa tanto supuestos típicos de fuerza mayor —guerra— como riesgos no previstos.

(121) Vid. DURAND, *Précis*, cit., págs. 415-16.

nalmente preveer otras causas, como pueden serlo la orden gubernativa o el cese por razones objetivas. Salvo los casos de terminante fuerza mayor todas las vicisitudes de la empresa entran necesariamente en el principio de la incidencia del riesgo y han de ser soportadas por el dador de trabajo, criterio doctrinal éste producido a partir de la interpretación de la ley de empleo privado de 1924. Por otra parte, el Código civil viene, en opinión de SIMI, a reforzar el aludido criterio y, de consecuencia «sólo puede hablarse de imposibilidad de recibir la prestación en caso de cesación total de la empresa a la que ha sido llamado el trabajador a colaborar» (122). Con todo, SIMI distingue, y admite, el supuesto de la excesiva onerosidad, en principio, para rechazarlo finalmente porque «il rischio è per la struttura del rapporto di lavoro a carico del datore di lavoro, anche ogni sopravvenuta onerosità può ritenersi rientri nell'alea del contratto» (123). En resumen, sólo la *vis major* —y son muy raras las hipótesis de la misma incidiendo sobre la empresa— afecta al contrato de trabajo. Ello, por consecuencia del principio general, no codificado, de que en la relación de trabajo el riesgo grava al empresario, bien porque la misma entre en el álea de la relación misma, bien porque en el contrato por tiempo indeterminado, puede hacerse frente mediante la rescisión voluntaria unilateral (124).

Insistiendo en estas conclusiones, PROSPERETTI las articula partiendo del hecho de la disponibilidad que respecto de la persona del trabajador goza el empresario —«la drástica fórmula» de la *locatio hominis*— de CARNELUTTI: «la funcionalidad del trabajo respecto del resultado a obtener, atribuye a aquel una intrínseca exigencia de limitación de la libertad del sujeto», porque el empresario tiene el poder de fijar al trabajador, no sólo el resultado a conseguir, sino que también los modos de actividad encaminada al resultado perseguido. La asunción del riesgo del resultado, observa PROSPERETTI, por parte del empresario dador de trabajo, al disponer plenamente de los medios dirigidos a tal fin, sitúa en cierto sentido a la persona del trabajador a disposición del empresario (125). Una razón de subordinación apunta en esta tesis sobreentendiendo así la ajenidad del subordinado respecto del desenvolvimiento económico de la entidad al servicio de la cual se halla. Precisamente sobre el elemento de la subordinación opera MARCANTONIO para extremar los alcances exoneratorios del riesgo de empresa respecto del trabajador (126). Para este

(122) SIMI, *L'estinzione del rapporto di lavoro*, Milán, 1948, págs. 82-3.

(123) Op. cit., pág. 85.

(124) Op. cit., pág. 83.

(125) U. PROSPERETTI, *La posizione professionale del lavoratore subordinato*, Milán, 1958, págs. 59-60.

(126) ANLETO DI MARCANTONIO, *Appunti di Diritto...*, cit., págs. 7 y ss.

autor, la subordinación es una consecuencia necesaria de la organización de la empresa; se trata de una subordinación técnica (127) por la que precisamente la empresa, a la vez que determina los fines, asume los riesgos. El trabajador es un elemento activo de la empresa que colabora en ella pero que, al no participar en la dirección realiza una «colaboración jerárquica», lo que le diferencia del *trabajo del socio*, y en tanto éste participa del riesgo, aquél es extraño al mismo. Apunta, en fin, MARCANTONIO una importante distinción de riesgos; existe un riesgo económico —relativo a la producción, al resultado del trabajo— distinguible de los *riesgos del trabajo*, esto es, de los eventos conexos con la actividad desplegada por el trabajador: «la carga de estos riesgos al empresario es una consecuencia de la subordinación, determinante, a su vez, del riesgo económico. Por otra parte, esta onerosidad refuerza la justificación de dependencia jerárquica del prestador de trabajo» (128).

Las referencias precedentes revelan, en su conjunto:

a) la extrañidad entre los conceptos *comunidad de empresa* y *comunidad de riesgos*, en tanto aquella entrañe una mera estimación moral ajena a la configuración jurídico patrimonial de la empresa misma.

b) La acentuación de dicha incomunicación partiendo de la nota de subordinación, peligrosamente desviada en aras del mantenimiento de una exoneración a ultranza del trabajador respecto de eventos de toda índole y naturaleza.

c) La desatención hacia el tratamiento de la imposibilidad o excesiva onerosidad respecto del trabajador, posiblemente resuelta subsumiéndola en el amplio riesgo de empresa y, por ello, confundiendo técnicamente situaciones totalmente diferenciables.

4. Configuración del riesgo laboral imprevisible

Parece conveniente acometer la construcción formal del que debiera denominarse, dada su peculiaridad, riesgo laboral imprevisible para, en primer término, superar las concepciones parciales ya reseñadas y, en segundo lugar, establecer una necesaria diferenciación entre el denominado

(127) Sobre esta discriminación vid. nuestro artículo *Los conceptos de subordinación y dependencia; notas para su discriminación jurídico-laboral*, en *Anales de la Universidad de Murcia*, vol. XIII, n.º 1, págs. 139 y ss.

(128) *Op. cit.*, pág. 10. MARCANTONIO explica la relación de subordinación por la tesis del *status profesional*, «un modo si essere, cioè del soggetto in quanto dipendente dall'impresa». Vid. desarrollo de esta teoría en particular, en págs. 359 y ss.

«riesgo de empresa», que si bien cuando es entendido al modo de BARASSI, es decir, como álea inherente a la empresa (129) no plantea grave cuestión, sí que la presenta, y de volumen en casos en que, cual acontece en ΚΡΟΤΟΣΧΙΝ, se hace deducir de él la asunción o carga empresaria de todos los casos de imposibilidad total de cumplimiento, «inclusive los casos de fuerza mayor» (130).

Independiente de antonomásico «riesgo de empresa» o álea negocial, el de carácter imprevisible pone en riesgo, por dos caminos, no sólo los intereses empresariales, sino que también los del trabajador. Hay que contar que la imposibilidad puede sobrevenir respecto de la prestación debida por el segundo; que ésta puede tener su razón no sólo en impedimento material y efectivo, sino en estímulos de carácter moral de delicada estimación y, en este sentido, la construcción del riesgo imprevisible, en el orden laboral alcanza de modo sobresaliente situaciones del prestador de trabajo. También el riesgo imprevisible, ahora predicado de la empresa al poner en peligro, en ocasiones, el fin lucrativo de aquella, puede indirecta pero ciertamente atentar a la propia estabilidad laboral del trabajador. El riesgo imprevisible, a diferencia de la maquinación maliciosa, o de la especulación económica poco prudente, supone siempre un evento ni querido, ni preconcebido, ni calculable. La *previsión* teórica de lo virtualmente imprevisible alcanza, sin embargo, en la relación de trabajo a todos los elementos personales de la misma. Una versión prometedora de esta tendencia se ha positivado en España con la institución de los Jurados de Empresa, cuyo Reglamento —artículos 45 y 49 en especial— establece la facultad de los Jurados de proponer medidas sobre producción, así como la obligación empresarial de informar sobre la marcha económica y financiera de aquella; no parece quepa duda que el desoir indicaciones del Jurado, previsoras de eventos dañosos, y efectivamente acaecidos con posterioridad, habría de exonerar a los trabajadores de las consecuencias de aquellos, siquiera fuesen reputados inacaecibles por la empresa, ni deseados.

(129) BARASSI, —op. cit., vol. I, págs. 340 y ss.— señala como cuarto elemento de la relación laboral, la ajenidad al riesgo de la empresa, el cual «no sólo justifica a su vez el poder directivo del empleador, la relación de subordinación, sino que además, concurre con esta última a plasmar la relación de trabajo». Por ello afirma que el riesgo es del empresario: «Suya es la utilidad que hubiere y a su cargo las pérdidas porque él es el centro de la empresa. El riesgo es extraño al trabajador y al suministrador de capital. Puede pesar sobre el trabajador en pequeña parte y limitadamente en el caso de trabajo a destajo... o en caso de participación en las utilidades o bien en los trabajos «a comisión» (loc. cit., pág. 342).

(130) Vid. *Curso...* cit., págs. 92 y ss. «Corren por cuenta del patrono la falla —previsible o imprevisible— de energía de materias primeras, de pedidos, las consecuencias de catástrofes (incendios, etc.) en cuanto interrumpen el trabajo por un lapso mayor del previsto para la suspensión».

Ha de postularse, por tanto, una especificación jurídica del riesgo laboral imprevisible más que su extensión. Del riesgo genérico o álea de empresa, tiéndese a hacer partícipes a los trabajadores por tendencia política a despatrimonializar aquella. Contrariamente y por lo que al riesgo imprevisible se refiere, habrá de atenderse, más que a una comunidad de riesgo en todo caso o, por el contrario, predicar su total ajenidad respecto del trabajador, a verificar la proposición siguiente: el acaecimiento efectivo de riesgo imprevisible en la vida laboral no tanto dificulta la prestación de uno con beneficio desproporcionado de otro —sin que esto excluya efectivos casos asentados sobre tal base— sino que, en su generalidad, atenta a la institución de la empresa, poniendo por ello en peligro de interrupción, o de disolución, las relaciones laborales que constituyen el entramado de la misma. Por último debe destacarse que, de acaecer efectivamente el riesgo, su perjuicio puede rebasar el marco institucional para afectar a sectores más o menos dilatados de la comunidad. Por todo ello, el riesgo laboral imprevisible debe configurarse como la amenaza a la seguridad jurídica del trabajo por menoscabo de uno de sus dos presupuestos; la seguridad social o la seguridad económica. Así determinado corresponder fijar con su dogmática los instrumentos jurídicos que permitan, en todo caso, la superación de los efectos del riesgo virtualmente acaecido.

IV. EL RIESGO IMPREVISIBLE EN LOS CONTRATOS DE TRABAJO

1. La contratación individual

Las aproximaciones a la doctrina del riesgo en el Derecho del Trabajo se han producido especialmente al contemplar la institución de los convenios colectivos o, para ser más exactos, las consecuencias imprevistas predicables de ellos. Parece como si en la contratación individual, origen de la relación jurídica de trabajo, el problema del cumplimiento violentando la voluntad inicial, careciese de importancia. Por ello resulta interesante recordar un pronóstico formulado por HAURIUO con antigüedad de un cuarto de siglo cuyas breves líneas condensaban la fecundidad de la doctrina del riesgo en su aplicación al «arrendamiento de servicios o contrato de trabajo»: augurando HAURIUO el futuro institucional de la «fábrica», entonces impedido por el «espíritu de lucha de clases y de huelga», insistía no obstante en la ya «latente solidaridad de intereses entre el patrono y sus operarios», y que la misma debiera ser estimada por los tribunales. Y concluía con estas preguntas: «¿No podían los Tribunales proceder, desde luego, a un reparto equitativo entre patronos y obreros de los riesgos imprevisibles que ocasionan las oscilaciones en la tarifa de jornales, huyendo de aplicar pura y simplemente la ley de la oferta y la demanda? ¿Qué otra cosa son en definitiva los arbitrajes, cuando prosperan, sino ese mismo reparto equitativo?» (131). Las implicaciones de lo colectivo y lo individual en acción mutua y recíproca que se observan en HAURIUO, venían dadas en cierta medida por la desatención, cuando el juspublicista francés abordaba el tema, hacia el conocimiento sistemático del contrato individual de trabajo, así como a su aislamiento positivo total respecto de figuras de contrato civil. Pese a las aportaciones de LOTMAR y de BARASSI, la configuración específica del contrato de trabajo sólo tuvo eco en la legislación muy posteriormente.

Ahora bien, en nada entorpece y sí que por el contrario interesa el planteamiento del riesgo desde el ámbito de las relaciones individuales. Más todavía, precisamente en ellas el riesgo, al individualizarse, se hace susceptible de más exacta valoración jurídica. De ahí en consecuencia, que a la teoría general del contrato de trabajo se le haga necesaria la aportación de la técnica del riesgo imprevisible. Por otra parte, la misma esencia del contrato laboral reclama esta necesidad, yendo desde la peculiarización de la causa de aquel, entendida como fin práctico del contrato, o sea, la función social reconocida por el ordenamiento jurídico que objetivamente cumple el negocio mismo (132). No cabe olvidar que, si de una parte la teoría general de la causa de los contratos comprende también al de trabajo (133), se ha postulado precisamente para estos últimos una amplificación de la misma, a imperativos de fin económico que se pretende parangonar con el fin jurídico estricto, precisamente al objeto de salvar situaciones posteriores que si formalmente jurídicas se muestran irrecusables, no lo serán tanto desde el plano de la licitud o de la moralidad (134).

Y precisamente la causa en el contrato de trabajo postula la sinalagmaticidad del mismo, nexa éste que formalmente fija en el tracto sucesivo el recíproco cumplimiento y, de inmediato, la normal posibilidad de resolución por incumplimiento a virtud de la *exceptio inadimpleti contractus*. Ahora bien, la acción del sinalagma en el contrato de trabajo, o se peculiariza o anula, figuradamente hablando, las propias bases dogmáticas de este contrato. De aquí que por principio, las referencias a supuestos de incumplimiento limitadas a las presiones del caso fortuito o la fuerza mayor, sean insuficientes porque, en todo caso, parten de la *imposibilidad* de cumplimiento, dejando a un lado la extrema dificultad, la onerosidad excesiva o, en definitiva, el cumplimiento con daño (135), ello porque, además, la noción de la imposibilidad sobrevenida —concepto «arduo» en opinión de SIMI— aunque presente vivas analogías con la *vis major* y el *casus fortuitus* es dudoso, siguiendo a este autor, tenga una coincidencia absoluta (136). Quiere decirse entonces que, así como se ha pretendido una peculiarización de la causa del contrato, sin menoscabo de la teoría general de la misma, otro tanto debe postularse de la sina-

(131) HAURIUO, loc. cit., pág. 11.

(132) MACANTONIO, op. cit., pág. 76.

(133) DURAND, *Traité...*, II, págs. 302 y ss.

(134) Sobre este punto, vid. AMIAUD, op. cit., pág. 546.

(135) Tal el planteamiento de la incidencia del riesgo en la relación de trabajo formulado por COMBA, vid. COMBA y COURADO, *Il rapporto di lavoro nel diritto privato e pubblico*, 3.ª ed. Turín, 1.ª parte, págs. 270 y ss.

(136) SIMI, *Estinzione...*, cit., pág. 73.

lagmaticidad, especialmente en punto a dificultades sobrevenidas que no impidiendo, dificultan una de las prestaciones. Tal vez el camino ensayado por KROTOSCHIN en su teoría del deber empresarial de previsión en el contrato, pueda tenerse como punto de partida, ya por otra parte concretado por este autor para supuestos que caen sin duda dentro de las hipótesis de dificultosa prestación (137), si bien la unilateralidad a *radice* del planteamiento lo hace insuficiente para resolver los casos en que el riesgo prende en la figura empresarial exorbitándole el cumplimiento obligado.

2. Funcionalización de la voluntad en el contrato de trabajo.

No atañe al presente estudio caracterizar y exponer la peculiarización del contrato laboral, aunque deba ser aludida por cuanto ella ayuda a explicar la técnica del riesgo en su adecuación a las relaciones de trabajo. Por nuestra parte y para marcar la posición al respecto, bástenos con invocar la observación de CASTÁN cuando predecía que fracasarán todos los intentos científicos que pretenden captar el sentido del vínculo de trabajo refiriéndolo unilateralmente a las clásicas construcciones de la técnica iusprivatista o desligándolo completamente de ella para encuadrarlo en estructuras enraizadas en el Derecho público o la Sociología jurídica (138). Evidentemente que la figura de la relación de trabajo no excluye —y hasta el momento los intentos de explicación contraria carecen de persuasión bastante— el origen contractual de las prestaciones, las que, por lo tanto, pactadas unas, impuestas otras por la ley laboral, conservan sin embargo el mecanismo jurídico de la relación, a la que no pueden ser ajenas las notas que en el artículo 1.255 del Código civil apoyan la permisión para contratar. Más todavía; la norma laboral cualifica esta doctrina, y así el artículo 9-2.º de la Ley de Contrato de Trabajo consagra el principio de la voluntad, si bien lo funcionaliza, esto es, lo condiciona —que no niega

(137) Vid. en *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria de Alejandro M. Unsain* —Buenos Aires, 1954— el artículo de KROTOSCHIN, *El deber de previsión en el contrato de trabajo*, págs. 297 y ss. Referido aquel como deber contractual no confundible con el deber de seguridad, permite deducir de él, *ev. gr.*, la obligación del patrono, inherente a todo contrato de trabajo, de conservar el puesto del trabajador, y tal vez, pagarle la remuneración respectiva, en caso de ausencia del trabajador que no sea arbitraria y que no exceda de cierto lapso razonable, graduable según la antigüedad, fuera de los casos expresamente previstos por la ley. Se tratará de inasistencias por razones personales justificables, tales como la muerte o enfermedad grave de algún pariente próximo...», pág. 309.

(138) Prólogo a la obra de PÉREZ BOTIJA, *El Contrato de Trabajo*, vid. 2.ª ed., pág. 14.

ni relativiza— a la licitud del objeto y al contenido de la propia ley. Tenemos por cierto que esta funcionalización de la voluntad se virtualiza positivamente cuando a la realidad de las prestaciones responde la flexibilidad de un sistema jurídico que permita, en todo instante, volver sobre las mismas precisamente para analizar, de una parte, el mantenimiento de la licitud —y por extenso de la moralidad— del objeto, y de otra, la adecuación de aquellas al sentido que determinó la razón de la imperatividad de la ley misma. Como acertadamente observa ALONSO GARCÍA al analizar con detalle el contenido del art. 9 de nuestra Ley del Contrato, el orden normativo del mismo, al jerarquizar el contenido de la relación, «no elimina la voluntad. Pero a ella antepone los preceptos legales», porque «la autonomía privada no pierde, naturalmente, su papel creador de relaciones laborales. No puede perderlo. Y en este plano, la voluntad de las partes conserva plena vitalidad. Pero es ya, en el terreno de la relación creada, donde sufre notable amputación su libertad y el ejercicio posible de la misma» (139).

Hay pues, en la relación laboral, independientemente de las normas imperativas de Derecho público que fijan su dinámica, un peculiar *voluntarismo funcionalizado* que entraña, al ponerse en juego, la normal previsión de acaecimientos posteriores que, precisamente por esta peculiaridad del contrato, han de ser tratados con especificidad igualmente singular. La cuestión radica en hallar la técnica que, haciendo posible la constante actualización de ese sentido funcional de la voluntad y aún del propio imperio de la ley, restablezca en todo momento los principios de lo justo, en coherencia con la teleología no ya del contrato sino del Derecho del Trabajo.

Cuanto queda dicho se constata fácilmente al revisar en la doctrina cómo el contrato de trabajo, admitido en cuanto convención, difiere notoriamente en su técnica de las normas comunes de contratación. La sinalagmaticidad adquiere nuevos puntos de vista en los casos de suspensión de efectos parciales del contrato, lo que ha conducido a afirmar a MAZZONI que el rígido principio de derecho común por el cual el pago de la retribución ha de relacionarse necesariamente con el trabajo efectivamente prestado, halla importantes atenuaciones y aún excepciones en el derecho del trabajo (140). En este mismo sentido y más extremosamente, se expresa DURAND cuando, invocando el principio extrajurídico de la estabilidad en el empleo, subraya la tendencia favorable del Derecho del trabajo a defender los supuestos de suspensión con menoscabo

(139) ALONSO GARCÍA, *La autonomía...*, cit., págs. 126-7.

(140) G. MAZZONI, *Il contratto di lavoro nel sistema...*, pág. 378.

del inicial derecho de rescisión (141); posición que, por lo demás, queda formalmente registrada en la legislación (142).

Otro tanto acaece en presencia de modificaciones del contenido del contrato. Los principios clásicos de la novación no producen los efectos que le son propios cuando se plantean modificando situaciones subjetivas y objetivas del contrato laboral; piénsese en el principio de continuidad de la relación en los casos de cesión, traspaso, venta, sucesión por fallecimiento, etc., y su efecto peculiar, explicado porque, como advierte MARCANTONIO, la naturaleza de la relación de trabajo, liga la actividad del trabajador a la empresa más que a la persona del empresario (143) o, más radicalmente y con LYON-CAEN, porque el trabajador no está tanto al servicio de un empresario como de una empresa (144). En definitiva las singularidades que el contrato de trabajo hace resaltar, no responden tanto a circunstanciales tratos de excepción como a una viva y nueva conformación de la realidad que el hecho laboral ofrece, todo lo cual conduce a poner de relieve cómo la esencia contractual se mantiene, si bien renovada por imperio de la teleología del contrato que apunta, fundamentalmente, a los valores sociales de la empresa, sin que se menoscaben, por supuesto, los de sus miembros. A estas garantías responden las nuevas técnicas de derecho del trabajo las que, nunca resultará ocioso reiterar la observación, no propenden a exageradas socializaciones sino a una cada vez mayor *humanización* del fundamento económico de las relaciones de trabajo.

Por ello y porque la relación se hace posible a través de los sujetos y mediante la voluntad de éstos, y también porque esa posibilidad queda calificada por la ley laboral, es necesaria la consideración de eventos que tanto pueden imposibilitar las recíprocas prestaciones como encarecerlas hasta el punto de dañar su finalidad misma. En este sentido, conviene recordar que la doctrina del riesgo imprevisible conviene tanto al trabajador como a la empresa. Resulta curioso observar que, cuando un civilista

(141) «Les règles du droit commun conduiraient à décider la suspension ou la résiliation du contrat de travail, selon la nature de l'impossibilité d'exécution survenue. Mais une tendance profonde de droit du travail étend les cas de suspension au détriment des cas de résiliation, afin d'assurer la stabilité de l'emploi», DENARD, *Traité...*, II, págs. 792-3.

(142) Así, Italia, Decreto Ley de 13 de noviembre de 1924 (art. 6); también, el Código civil alemán, al regular el *Diensvertrag* determina (par. 616) el derecho del trabajador a la remuneración aun en el caso de impedimento en la prestación; la ley belga de contratos de trabajo, de 10 de marzo de 1900, pese a regular el contrato desde un plano civil estricto preceptúa la suspensión del mismo en los casos de fuerza mayor (art. 21-1.º).

(143) *Appunti...*, cit., pág. 73.

(144) *Manuel de Droit du Travail...*, págs. 198-9. Sobre la novación en el contrato de trabajo, vid. DEVEALI, *Lineamientos...*, págs. 245 y ss.

tan calificado como el profesor BATLLE ejemplifica supuestos de riesgo imprevisible, haga referencia específica a dificultades en la prestación sobrevenidas a trabajadores por cuenta ajena en su condición jurídica de tales (145). Y es que indudablemente miraban muy cerca los laboristas que sólo se planteaban el riesgo desde el punto de vista de la empresa y, más ceñidamente aún, en relación con la materia de abono de salarios. Si desde luego, este supuesto es harto frecuente, no lo son menos otros, quedando incuestionado que la articulación de los riesgos laborales no se agota en cuestiones de alza o baja económica. Por la raíz contractual de la relación, es necesario prever aquellos casos en que a la voluntad del obligado repugne justificadamente y por inmediatez de daño, cualquiera que sea la naturaleza de éste, el cumplimiento de lo pactado o legalmente impuesto.

3. Fuerza mayor y riesgo imprevisible en el contrato de trabajo

Las causas extrañas a la voluntad de los sujetos que dificulten absoluta o relativamente el normal cumplimiento de las obligaciones, pueden adscribirse a las rúbricas del caso fortuito, la fuerza mayor y el riesgo imprevisible. Por la especial configuración de las relaciones laborales, aún podemos reducirlas a dos: la fuerza y el riesgo (146); la asimilación del *casus* a la *vis maior* se explica porque, como observa BOGLIANO, ambos acontecimientos, han de ser no previstos y aún admitida su previsibilidad, inevitables. Anexa entonces a su condición de extraordinario, el caso requiere condiciones de «imprevisibilidad» e «irresistibilidad», estableciendo la doctrina que la primera habrá de ser absoluta (147). En tanto los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor hacen materialmente impracticable la prestación, el riesgo sólo relativiza la normalidad del cumpli-

(145) En *La imposibilidad...* cit., mención al empleado que ha de trasladarse de una ciudad infectada por grave epidemia y donde ha de prestar su trabajo, y el artista circense obligado a actuar el día en que ha muerto su hijo.

(146) Así, ALARCÓN: «Bajo la denominación genérica de fuerza mayor se comprenden también los fenómenos del caso fortuito»; en *Código del Trabajo*, Madrid, 1927, vol. I, pág. 255.

PÉREZ LEÑERO, más explícito, registra en primer lugar la tendencia jurisprudencial española a mezclar ambos eventos, en tanto la doctrina científica los distingue; no obstante, califica de sutil la discriminación. Cf. *Instituciones de Derecho español del Trabajo*, Madrid, 1949, pág. 237.

Sobre las doctrinas que separan fuerza mayor y caso fortuito, vid. LEONARDO COLOMBO, *La fuerza mayor como causa de disolución del contrato de trabajo*, en *Estudios... Undsain* cit., págs. 41-2.

(147) Vid. BOGLIANO, *La estabilidad...*, cit., pág. 264.

miento si bien lo plantea dificultoso en extremo. Tanto unos supuestos como otros pueden dar lugar bien a la suspensión de efectos del contrato (148), bien a su definitiva resolución. De aquí la necesidad de fijar claramente los respectivos ámbitos de apreciación.

La fuerza mayor implica imposibilidad física de realizar absolutamente o en aspectos parciales la prestación (149) y por lo que al contrato de trabajo se refiere, aun siendo susceptible de ser apreciada, lo es con carácter restrictivo; como señalan BRUN y GALLAND, es concebida de manera más rigurosa que en Derecho civil, posición que se explica por el deseo de asegurar la estabilidad en los contratos de trabajo (150), siquiera estas apreciaciones responden a presumirla casi exclusivamente respecto de la empresa (151). En realidad la exigencia de imposibilidad pide que esta última sea absoluta, descartándose de su ámbito cualesquiera obstáculos que no entrañen esa virtual impotencia (152): a tal imposibilidad debe añadirse su imprevisibilidad, así como la nota subjetiva de no ser imputable su acaecimiento al deudor, hasta el punto de mantenerse por algunos sectores doctrinales que las crisis económicas, determinantes del cierre o reducciones de personal, no implican normalmente existencia de fuerza mayor, porque «un acontecimiento de este tipo entraña tan sólo un aumento de las cargas de la empresa, pero no una imposibilidad absoluta de ejecución, ya que los economistas estiman que estas crisis son previsibles» (153). De consecuencia, serán efectos de fuerza mayor en el contrato de trabajo los eventos de la naturaleza o acontecimientos del mundo exterior no motivados, ni queridos, ni susceptibles de ser evitados por los sujetos a quienes afecte. Producido el evento, el impedimento material puede revestir caracteres de definitivo o circunstancial, a efecto de las prestaciones que impide (154), pues pese a la tradicional fuerza extintiva de la fuerza mayor, la doctrina jurídica laboral tiende

(148) No es acorde la doctrina al aceptar los efectos meramente suspensivos de la fuerza mayor.

(149) «Un cas de force majeure est un fait imprevisible et insurmontable qui empêche l'une des parties d'exécuter ses obligations» (AMIAUD, op. cit., pág. 964).

(150) *Droit du Travail*, París, 1958, pág. 522.

(151) En este sentido, BOGLIANO, op. cit., págs. 265-6.

(152) DURAND escribe: «...la notion de force majeure doit présenter trois caractères; il doit créer une impossibilité d'exécution, et ne pas rendre seulement plus difficile, plus dange-reuse, ou plus coûteuse l'exécution de l'obligation...». *Traité...*, II, pág. 883.

(153) BRUN y GALLAND, op. cit., págs. 521-2. En este sentido, la jurisprudencia argentina; vid. BOGLIANO, op. cit., pág. 267.

(154) La doctrina laboral admite como efecto jurídico de la fuerza mayor la mera suspensión del contrato. Vid. AMIAUD, op. cit., pág. 964; DURAND, *Traité...*, II, págs. 793 y ss. En España, MENÉNDEZ PIDAL, por imperativos de la legislación positiva, le atribuye el sólo efecto de

a sustituir la ruptura por la suspensión, cuando la imposibilidad es pasajera (155).

En las relaciones de trabajo, los supuestos de fuerza mayor son de probable acaecimiento, si bien de difícil delimitación previa. Nuestra Ley de Contrato de Trabajo ha previsto explícitamente la fuerza mayor como causa extintiva de la relación en su art. 76-6.º, si bien no faltan autores que estimen como causas de fuerza mayor «especial» los supuestos de crisis laboral o económica que registra este mismo artículo en su causa séptima (156). Las causas de fuerza mayor enumeradas en el artículo 76-6.ª (157) no revisten el carácter de exclusivas, criterio abierto que consagró el Tribunal Supremo en su momento (158). Como también es tendencia jurisprudencial la de que para que tales causas produzcan la extinción de la relación se hace preciso que operen de tal suerte, que impidan absolutamente la realización de la empresa, ya que por lo contrario, el evento producido que sólo parcialmente interrumpe las actividades de la empresa opera tan sólo la suspensión temporal de efectos contractuales, doctrina ésta que flexibilizando la norma legal de la ley del contrato establece el efecto meramente suspensivo no previsto formalmente por la legislación pero necesario al momento de graduar las consecuencias de la fuerza mayor efectivamente acaecida.

Las notas configuradoras de la fuerza mayor bastan para comprender la necesidad de que cualesquiera otros eventos no provocados ni queridos, pero que entorpezcan notablemente el normal cumplimiento de las prestaciones laborales, sean atendidos y resueltos. Abunda esta necesidad la evidencia que la vida cotidiana ofrece de momentos laborales en los que tanto trabajadores como empresarios se ven constreñidos por circunstancias extrañas, al punto de hacérseles, circunstancialmente en la mayor parte de los casos, dañosa en exceso la prestación, o dolorosa cuando menos. A la doctrina del riesgo imprevisible corresponde intentar la re-

extinguir el contrato, en principio, si bien distingue el grado en que se produzca y por el que puede llegarse a la simple suspensión del trabajo. Cf. *Derecho Social Español*. Madrid, 1952, vol. I, págs. 452 y ss.

(155) Este particularismo de la fuerza mayor en cuanto a sus efectos ha sido reconocido por la jurisprudencia francesa; cf. BRUN y GALLAND, op. cit., pág. 523. «La fuerza mayor no produce siempre y automáticamente la extinción del contrato», *ibidem*, pág. 521.

(156) MARAVALL señala que los casos de la causa sexta son debidos a una fuerza mayor con significado y explicación dentro del campo del derecho civil, en tanto que los de la séptima «obedecen a una fuerza mayor especial que ha buscado y encontrado mayor explicación, al presente, dentro del nuevo derecho económico» (Vid. HÉCTOR MARAVALL, *El despido por crisis en el Derecho español*, en *Suplemento de Política Social*, n.º 2, pág. 45).

(157) En donde, como observa PÉREZ LEÑERO —loc. cit.— se hallan mezcladas aunque no confundidas las figuras de fuerza mayor y caso fortuito.

(158) S. 18 noviembre 1946.

solución justa de tales acontecimientos emergentes en los que la *difficultas prestandi* postula desde la moral, una solución coherente con la realidad surgida.

4. Técnica laboral del riesgo imprevisible: la imposibilidad sobrevenida en la tesis del riesgo

La imposibilidad sobrevenida y no prevista en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, especialmente las que afectan de modo inmediato y directo a la prestación, amplía el ámbito de protección de los derechos de los sujetos pues, como queda advertido, la fuerza mayor se ofrece cual forma angosta en la que no caben los múltiples eventos de imposible enumeración y efecto dañoso. Ahora bien la noción de imposibilidad sobrevenida es susceptible de diversa valoración; de hecho la doctrina difiere en la aplicación y consecuencias porque en tanto cabe aceptar lo *absolutamente imposible*, la imposibilidad sobrevenida se constituye en género cuyas especies por lo común son la *vis maior* y el caso fortuito (159). Sobre este entendimiento se han determinado los caracteres de aquella, entre los que destaca el de la *no resistibilidad* (160) y, de consecuencia, los efectos extintivos de la relación contractual, pues precisamente otra nota es, para estas tendencias, el carácter *definitivo* del impedimento y no transitorio. Este criterio ha cobrado cierta preponderancia entre los laboristas italianos, aunque no unanimidad: para SANTORO PASARELLI, con base en los artículos 1256 y 1258 del Código civil italiano, la imposibilidad sobrevenida por causa no imputable al deudor, extingue o reduce la obligación y, en los contratos de prestación recíproca, provoca la extinción o reducción de la obligación (161). Otros autores, en fin, admiten una imposibilidad sobrevenida de carácter temporal, que produ-

(159) Así, CARLO LEGA para el contrato de obra: «Forza maggiore e caso fortuito sono gli aspetti solitamente ricorrenti della impossibilità sopravvenuta» (en *Trattato di Diritto del Lavoro*, dirigido por BORSI y PERGOLESI, Padua, 1962, 2.ª ed., vol. 1, pág. 522). Diversamente, para SIMI, el concepto de imposibilidad de cumplimiento a que alude el art. 1218 del Código civil italiano es un concepto dificultoso, sobre todo por la necesidad de conciliarlo con el de la diligencia impuesta al deudor de que habla el art. 1176 del mismo Código. El concepto presenta vivas analogías con la *vis maior* y el *casus fortuitus*, con los cuales, sin embargo, es dudoso tenga una coincidencia absoluta (*Estinzione...*, pág. 73).

(160) Referida a evento que no puede resistirse, que las partes no lo pueden impedir, y deriva de la expresión «imposibilidad», porque no se daría si las partes pudieran, aunque onerosamente, excluir la eficacia de la causa sobrevenida ejecutando la prestación. (SIMI *Estinzione...*, pág. 75. Similarmente, en BORSI y PERGOLESI, *Trattato...*, I, pág. 522, siguiendo a BARASSI).

(161) SANTORO PASARELLI, *Nozioni di Diritto del Lavoro*, 5.ª ed., pág. 125.

ce tan sólo una modificación de la relación laboral, pero partiendo, sin embargo, de la nota de la impracticabilidad rigurosa de la obligación (162).

Pese a que COMBA recomiende para el contrato de trabajo el excluir una distinción entre imposibilidad absoluta y relativa con referencia a la diversa intensidad de la causa externa impeditiva del incumplimiento (163), la matización de las situaciones de hecho que en definitiva conducen a situaciones de emergencia en orden a cumplimiento, aconseja fijar ampliamente la idea de imposibilidad sobrevenida: en este sentido seguimos al profesor BATLLE quien distingue entre imposibilidad absoluta o *vis maior* e imposibilidad relativa predicable de los supuestos de imprevisión: mientras que la fuerza mayor supone la imposibilidad absoluta de ejecutar una obligación, dice el autor citado, la imprevisión no implica más que una imposibilidad relativa o más bien la circunstancia de que la ejecución de la obligación sea muy onerosa para el deudor (164), de donde cabe concluir que la imposibilidad en sentido técnico es consecuencia obligada del riesgo que, imprevisto, amenaza *a priori* el cumplimiento normal de los contratos, diversificable del evento, igualmente *apriorístico* de la fuerza mayor.

La dificultad de construir para el Derecho del trabajo la teoría del riesgo imprevisible corre pareja con la dificultad de conciliar la contradicción de intereses en el contrato con las tendencias hacia una configuración supra-patrimonial y comunitaria de la empresa, concebida como ámbito de relaciones humanas en coincidencia de fines; de aquí que no parezca aconsejable una traslación pura y simple de los principios genéricos de la doctrina de la alteración de circunstancias en los contratos al campo de las relaciones laborales, para evitar las desviaciones de la doctrina italiana que, o bien opta por descartar la aplicación de la teoría de la excesiva onerosidad a los contratos de trabajo (165) al considerar su fundamento en el aspecto económico tan sólo (166), o remite su tratamiento a la técnica de la fuerza mayor (167) subsumiendo en ella casos que en rigor no son constitutivos de la *vis*. Ha sido MENGONI quien, siguiendo a JACOBI, fija la imposibilidad en los siguientes términos: «el

(162) En este sentido parece pronunciarse MARCANTONIO, op. cit., pág. 158. Sobre todo, COMBA, *Nozione unitaria...*, págs. 152-6.

(163) COMBA, *Nozione...*, pág. 62.

(164) BATLLE, loc. cit., pág. 11.

(165) Vid. *supra*.

(166) Y así, por lo que a la empresa se refiere, argumentase con el principio del riesgo de empresa, o con el álea contractual.

(167) Tal, BARASSI, *Tratado...*, v. III, págs. 206-7, refiere los supuestos de crisis, mercados irregulares, etc., a la fuerza mayor, y carga sobre la empresa todos los riesgos.

cumplimiento de un deber, en colisión con la obligación contractual, y objetivamente valorado como prevalente con respecto de ésta, constituye causa legítima de suspensión o, según los casos, interrupción de la relación de trabajo, la que sin embargo subyace en todos sus efectos bajo la sobrevenida imposibilidad no culpable, de la prestación» (168). Si ciertamente este concepto representa un notorio avance en la apreciación doctrinal, cabe reputarlo todavía como insuficiente, pues no sólo en los supuestos de colisión de deberes —morales en especial— con obligaciones jurídicas se ha de centrar el riesgo imprevisible, sobre todo respecto del trabajador, sino más allá, en situaciones de hecho que no exijan propiamente del obligado cumplimiento del deber.

Ante las diversas y aun divergentes posiciones adoptadas por la doctrina laboral en orden al tema, tal vez quepa considerar como riesgo laboral imprevisible la producción de acaecimiento no tenido en cuenta al contratar ni en las leyes y normas de trabajo, dada su naturaleza imponderable, y que dificulta, por el grave quebranto moral, físico o económico que entraña, el normal cumplimiento de obligaciones tanto del trabajador como del empresario. Determinado el concepto, analicemos sus elementos, alcance y realización correctora.

(168) *Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro, en Onore Scialoja, vol. IV, pág. 265.*

V. TÉCNICA DEL RIESGO LABORAL IMPREVISIBLE

1. Imprevisibilidad y quebranto necesario

La forma habitual de los contratos de trabajo, salvo las excepciones legales de expresa observancia, es la oral. Consecuentemente, instalado el trabajador en su empleo, el aspecto adhesivo de la relación se patentiza por la inmediata virtualidad de las normas de trabajo extracontractuales —convenios colectivos, reglamentos estatales y de empresa, etc.—. Este hecho pone de relieve que, en la generalidad de las relaciones laborales, escapa normalmente toda específica previsión; la ley, por su parte, sólo ha previsto muy pocas alteraciones de la normalidad del trabajo; tales, los casos de suspensión del contrato de la mujer embarazada a partir del octavo mes contemplado por el art. 166 de nuestra Ley de Contrato de Trabajo, o los de crisis laboral o económica de la empresa, cuyos efectos extintivos del art. 76, causa séptima, se matizan con los meramente suspensivos del art. 80 y suspensivos y aun modificativos del contrato previstos en el Decreto de 26 de enero de 1944. Lo cierto es que la previsión legal de los riesgos imprevisibles no podría ser nunca enumerativa, ello es obvio, y de ahí la necesidad de una técnica que permita el diagnóstico de las situaciones que, imprevisibles, remiten a una nueva y necesaria valoración de las obligaciones a realizar.

Por definición lo imprevisible no es susceptible de ser aprehendido. Mas ello no obsta a trazar normas generales que prevean la solución de conflictos por emergencia de riesgo no tenido en cuenta; podrá darse riesgo como el que, por curiosamente imprevisible, recuerda MENGONI, de aquella bailarina que, siguiendo el ejemplo de Eva Lavallière, abandona súbitamente el teatro donde debe actuar y al momento de tener

que hacerlo, para recluirse en un convento (169). En todo caso este ejemplo revela que el primer elemento del riesgo imprevisible es su radical indeterminación o, como expresa DUST, su carácter humanamente imprevisible. Este primer elemento, común a todos los supuestos, se cualifica mayormente en las relaciones de trabajo al mostrar que los valores económicos estrictos no agotan el empleo de la teoría del riesgo; más aún, el elemento económico no presenta, de hecho, interés cuando el riesgo carga sobre la persona del trabajador. Al respecto es interesante destacar el supuesto contemplado, en el contrato de trabajo de periodistas profesionales por el *Code du travail* francés y que BRUND y GALLAND califican, erróneamente en nuestra opinión, de fuerza mayor (170), y por el que el periodista profesional empleado en un periódico puede rescindir el contrato de trabajo, con derecho a indemnización, si el carácter u orientación ideológica del periódico sufren un notable cambio (171), por estimar el legislador que no se le puede constreñir a modificar sus opiniones.

Así pues, salvo los eventos de óbito familiar o catástrofe económica, difícilmente pueden ser registrados por la ley todos aquellos supuestos de carácter físico o moral, siendo sin embargo de frecuente presencia en las relaciones de trabajo.

Segundo elemento del riesgo laboral imprevisible lo constituye el grave quebranto necesariamente deducido de la prestación, si esta fuese realizada una vez que el riesgo es virtual. El interés de este elemento es decisivo, y de ahí que haya de destacarse primeramente que el referido quebranto grave se ha de matizar en el tiempo, sin llegar, con todo, al extremo de sostener su permanencia. No cabe olvidar que la aceptación de la doctrina del riesgo implica el paralizar, modificar o extinguir la obligación jurídica. En este sentido, *intensidad* y *persistencia* son los dos ingredientes que articulan el quebranto necesario, pues como observa BATTLE, «una alteración de las condiciones, que sólo levemente o en forma efímera perjudique a las partes, no merece una intervención judicial o legislativa para extinguir o modificar el contrato» (172). El segundo elemento del quebranto —cierta mensurable persistencia— no puede dificultar la aceptación del quebranto moral, por más que así lo parezca a primera vista, si se piensa que éste ha de obedecer a un estado de ánimo no inmediatamente pasajero, para que cobre relieve impeditivo.

(169) Op. cit., pág. 265.

(170) Op. cit., pág. 552.

(171) El art. 29, e) del L. I. del *Code du Travail* francés establece derecho a indemnización en caso de cambio notable en el carácter u orientación del periódico, siempre que el mismo perjudique el honor, reputación o, de una manera general, los intereses morales del periodista.

(172) Loc. cit., pág. 13.

Para la prevención técnico laboral del riesgo no importa tanto la pretensión de fijarlo legalmente en sus especies como el hallar el arbitrio jurídico que permita su constatación en presencia del acaecimiento impeditivo. Esto conduce, ahora, a pretender fijar los alcances del riesgo imprevisible, reflexionando desde las figuras de trabajadores y empresarios las repersiones que en las mismas pueden provocar los acaecimientos constitutivos de evento dañoso.

2. Diversificación de riesgos laborales para el trabajador

Se trata de indagar qué valores se arriesgan gravemente cuando, de concurrir eventos no susceptibles de determinación *a priori*, la realización de la relación laboral se hace en extremo dificultosa para el sujeto.

En cuanto al trabajador, éste incorpora a la situación contractual de trabajo su total dimensión humana (173); por ello no es la suya la esquemática y fría figura del mero contratante, y por ello igualmente su actividad laboriosa desborda el marco de la contractualidad clásica para insertar en la empresa valores metajurídicos. Estos valores que son inescindibles de la persona humana estarán, cuando menos, marginados por la actividad laboral, mas, en cualquier momento, la sensibilidad de los mismos provoca, con su exteriorización, repercusiones en la dimensión laboriosa de la persona. Justamente a partir de esta exterioridad están tangenciando al derecho, y éste no puede adoptar más que dos actitudes: o replegarse, rehuyéndolos, o asimilarlos. En la segunda actitud radica la posibilidad de engarzar enteramente vida humana y vida social, pues en cuanto el orden de la convivencia asuma la exterioridad total de los problemas que embargan la vida humana, se estará en camino de restaurar la confianza del hombre en el derecho.

Pues bien, por las características de la prestación del trabajador, podemos afirmar que constituirá riesgo imprevisible, que posiblemente dificulte con exterioridad la prestación de trabajo, todo acaecimiento que fundadamente permita apreciar en el trabajador, el impacto de cualquiera de los siguientes grupos de causas y efectos:

a) Toda circunstancia emergente que, influyendo sobre la persona del trabajador le ocasione —de no alterarse las condiciones actuales de

(173) Vid. *supra*, *Tratamiento laboral del riesgo imprevisible*. PÉREZ BORTA, tras recordar que el hombre, en el contrato de trabajo «es el factor decisivo», afirma de la laboral que «ontológicamente es una de las relaciones más humanas». Vid. *Humanismo en la relación laboral* Madrid, 1953, pág. 19.

la prestación— un perjuicio patrimonial (con lo que se amplía el ámbito del mero perjuicio salarial),

b) Toda circunstancia que, influyendo sobre la persona del trabajador le haga notoriamente dañosa la prestación física del trabajo; y,

c) Toda circunstancia emergente que, presionando el ánimo del trabajador, le convierta en notablemente dolorosa la prestación, siempre que el evento exteriorizado presente racionales motivos para inducir el quebranto moral.

Perjuicio económico, daño físico y quebranto moral, son los tres puntos sistemáticos desde los cuales se hace posible la apreciación en la persona del trabajador, de eventos imprevisibles e imprevistos sobre los cuales ha de operar el derecho.

3. Riesgo laboral imprevisible para la empresa

En lo atinente a la empresa, hay que comenzar diferenciando la persona del empresario individual, de la empresa sociedad, o empresa corporación. Con respecto de la primera, los puntos ofrecidos para determinar el riesgo del trabajador constituyen, *mutata mutandis*, otras tantas bases para valorar jurídicamente la eventualidad imprevisible. Por otra parte las bases del riesgo que de inmediato fijamos para la empresa en cuanto persona jurídica, son remisibles a la figura del empresario individual.

La empresa puede ser súbita y gravemente afectada por eventos político-sociales y económicos, conjunta, sucesiva o aisladamente, que perturben, con notorio daño para su estructura social o producción económica, el orden del trabajo. Sobre estas dos bases deben ser estimados los riesgos imprevisibles de empresa, permitiéndose así su aislamiento respecto del riesgo económico inherente a la empresa y aún de los riesgos igualmente económicos comprendidos, como señala la doctrina italiana, en el álea del contrato de trabajo. A esta doble consideración del riesgo imprevisible se aproximó, sin duda, el también doble supuesto de crisis laboral y económica que prevee el art. 76, causa séptima, de nuestra Ley de Contrato de Trabajo (174).

Al tratar de perfilar las bases propuestas hallamos que, por evento político-social debe entenderse toda alteración que amenaza el orden y disciplina del trabajo, no provocado por los sujetos de la relación, pero sí gra-

(174) Un revelador y detallado estudio de las crisis en el derecho español, en ALONSO OLEA, *El Despido*, Madrid, 1958, págs. 63 y ss.

vitante sobre ellos. No siempre en la complejidad de la vida laboral, los acaecimientos político sociales ofrecen un matiz marcadamente diferencial; en bastantes supuestos las implicaciones políticas de los conflictos sociales —o laborales por ser más precisos— constituyen un *posterius* ajeno en un todo a los motivos iniciales.

Los eventos económicos, en su configuración imprevisible, ya plantean dificultades de otro orden. Trátase de admitir o no la petición de principio del carácter mismo del evento económico empresarial. A este respecto nos remitimos a cuanto quedó dicho respecto del genérico riesgo de empresa. Desplazada la polémica, convengamos ahora la base de determinación del riesgo económico imprevisible (175). ALONSO OLEA ha individualizado —«aun cuando ninguno de los supuestos que a continuación se describen sea corriente que se dé en la práctica con toda pureza»— tres eventos de crisis económica empresarial que sintetizamos: a) crisis ajenas en absoluto a la voluntad del empresario (v. gr., depresión generalizada en la actividad económica de un país); b) crisis derivadas de negligencia e incompetencia empresarial, de las que en alguna medida cabe pensar es responsable el empresario; y c) crisis derivadas directa e inmediatamente de decisiones dolosas del empresario (por ejemplo, quiebra fraudulenta) que implican situaciones buscadas de propósito (176). Estos distinguos nos sirven, en primer término, para apreciar su total diversidad en orden a naturaleza y consecuencias, respecto del riesgo de empresa, connatural a toda instalación industrial, económica o de servicios. En segundo lugar para subdistinguir los riesgos efectivos —supuestos a) y b)— a veces colindantes con el campo de la fuerza mayor (177) —supuesto a)— y que recuerdan aquella *zona di confini* que señalaba SIMI y en donde se funden el comienzo de la imposibilidad y el agotamiento de posibilidades del deber de diligencia del deudor (178). En rigor, entre el riesgo imprevisible y el riesgo de empresa media la normalidad o no de

(175) Merecería atención, no posible aquí, la consideración colectiva de los salarios en conexión con las crisis económicas, desde el plano de la determinación estatal de aquellos y que reduciría el problema a las relaciones de las empresas con la Administración.

(176) ALONSO OLEA, op. cit., págs. 66-7.

(177) Para ALONSO OLEA, la depresión económica del país «es, mirada desde cada empresario en concreto, una auténtica fuerza mayor, de la que aquel no es más responsable que pueda serlo de una guerra o una inundación». Loc. cit.

(178) Observa SIMI que la imposibilidad sobrevinida acaba donde empieza el deber de diligencia del deudor, y de otra parte, que el deber de diligencia concluye donde la imposibilidad comienza. De aquí que sea delicadísimo establecer el encuadramiento de los hechos que se encuentran en la *zona di confine*. Esta delicadeza es más evidente en el campo del contrato de trabajo porque en él, dada la infungibilidad de la prestación, se trata o no de tomar como causa de la imposibilidad de cumplir, hechos referidos al deudor. Cf. *Estimazione*, pág. 74.

la variante económica; al primero corresponderá, por ejemplo, la imprevista reducción o supresión de suministros anteriormente comprometidos, o adquiridos, o de garantizada entrega; al segundo, la dinámica de la saturación de mercados, o la congelación de venta por consecuencia del juego de la competencia.

Perfilado el riesgo económico imprevisible, puede generalizarse su peculiar estructura al advertir, además, que el riesgo sobreviniente permite una relativa valoración de sus alcances y consecuencias: la interrupción de suministros anteriormente ejemplificada dará, junto con sus causas, sus efectos mismos en el orden de la economía empresarial. A esta valoración económica de futuro, habrá de seguir la jurídica de determinación. sobre tales bases, del perjuicio probable irrogado a la empresa, esto es, en primer término a la economía y reservas de capital empresarial, y en sucesiva valoración, a los mismos trabajadores. Aquí una técnica de prevención o moderación de tales consecuencias en forma de modificación de jornada, suspensión parcial de efectos en todos o algunos de los contratos de trabajo, régimen de subsidios compensatorios, etc., constituye la articulación jurídica para evitar que, en tanto no se remedie la situación, se produzca la quiebra del negocio.

4. Realización jurídico laboral de la teoría del riesgo imprevisible: efectos

Al diseño de la fijación del riesgo, ha de seguir el de la realización correctora de sus naturales consecuencias. Estas sistematizan también dos aspectos distintos aunque conexos; sustantivo y procedimental. Por el primero, que en esta ocasión nos interesa especialmente, entramos en el estudio de las posibilidades de suspensión, modificación o resolución de la relación laboral.

El efecto sustantivo recoge las formas de contención jurídica del evento; éstas se reducen a tres, que son la suspensión temporal de todos o algunos efectos de la relación, la modificación del contenido, y por último su extinción.

La suspensión de efectos del contrato, en lo que al riesgo se refiere, no reviste jurídicamente caracteres de novedad: el *moratorius* romano llega, por el derecho civil, hasta el *delai de grace* consagrado por el Código francés, y a la legislación de emergencia u *ocurrencia* con la que el Derecho público evita la excesiva onerosidad de las obligaciones de los particulares contraídas con la Administración. En materia laboral la

suspensión de efectos del contrato, normalmente aceptada (179) cobra singularidad hasta el punto de que su diferencia respecto del antecedente común es notoria, ya que frente al *modicus tempus* que para el cumplimiento de sus obligaciones confiere la legislación civil al deudor, el carácter peculiar de la prestación de trabajo recaba un tratamiento más perentorio pues, evidentemente, no es parejo el supuesto de quien ha recibido la cosa adquirida, del que significa para el trabajador la recepción del salario. De aquí que la doctrina laboral destaque, y la legislación positiva acepte, la peculiaridad de los efectos suspensivos del contrato de trabajo, en el sentido, sobre todo, de ser contrarios a los civiles que, por lo común entrañan paralización de las obligaciones recíprocas: al respecto y con fundamento en criterios políticos sociales, estimaba MARAVALL que la suspensión del contrato es una institución jurídica inventada y formada por el Derecho laboral, con la intención de hacer difícil o evitar la disolución de los vínculos contractuales (180). BARASSI, para destacar lo excesivo de una *relación de rígida proporcionalidad* en los efectos suspensivos trasladados al derecho del trabajo, advierte que el abandono de dicho rigor se evidencia cuando encontramos en las consecuencias de las interrupciones de la prestación, conflictos de intereses; de una parte, observa, el empresario tiende a dar la retribución sólo por el trabajo efectivamente prestado, y de aquí que el riesgo de la interrupción deba soportarlo íntegramente el prestador de trabajo. Por otra parte, el trabajador, por la necesidad de sustento, pretende que no deben cargarse sobre él las interrupciones que no le son imputables (181), apreciación ésta jurídicamente aceptada por el fin económico y social de la retribución (182).

(179) Vid. DURAND, *Traité...*, III, págs. 792 y ss. Sobre la consideración de la suspensión en sentido amplio, PÉREZ BOTIJA, *Curso...*, pág. 256. También, sobre el tema, PERGOLESI, *Diritto del Lavoro*, 4.^a ed. Bolonia, 1954, págs. 147 y ss.; CASSI, *La subordinazione del lavoratore nel Diritto del Lavoro*, 1947, págs. 202 ss.; KROTOSCHM, *Institutiones... passim*; CASSI, *La retribuzione nel contratto di lavoro*, Milán, 1954, pág. 191; RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, Padua, 1952, págs. 226 y ss.; GREGO, *Il contratto di lavoro*, Turín, 1939; PÉREZ LEÑERO, op. cit., págs. 199 y ss.; GRANELL, *La reserva de plaza*, Barcelona, 1955, págs. 31 y ss.; RIVERO y SAVATIER, op. cit., págs. 439 ss.

(180) Y añadía: «Antes que un contrato se anule, se rescinda o se le considere ineficaz, como suele suceder frecuentemente en el tráfico jurídico civilista, interesa al Derecho del trabajo que quede el contrato en suspenso, con la probabilidad de que con la suspensión siempre va implícito un posible restablecimiento del antiguo contrato de trabajo». (*El despido por crisis...*, cit., págs. 58-9).

(181) Vid. BARASSI, *Elementi di Diritto del lavoro*, Milán, 1954, 6.^a ed., pág. 199. También, MAZZONI, *Il contratto...*, pág. 378.

(182) En este sentido, MARCANTONIO, op. cit., pág. 151.

En términos generales es aceptable el principio de que el riesgo de la suspensión del trabajo por causa no imputable a ninguna de las partes, pero inherente a la esfera del empresario, recae sobre este último; es, dice MAZZONI, una modificación de la prestación contractual que debe ser soportada, dentro de los límites de la temporalidad de la misma (183). Ahora bien, del mismo modo que al individualizar los riesgos imprevisibles empresariales, sus consecuencias determinan una suspensión de efectos, sin derecho a retribución por parte del trabajador, cuando el riesgo impeditivo corresponde a la esfera de este último, el devengo, salarial, en principio es efectivo, siquiera pueda ser compensado el pago con la institución laboral de la *recuperación de jornada*, en ciertos casos (184). Por lo demás la determinación temporal de los límites de la suspensión puede venir dada, o por el conocimiento *ad quem* de la cesación de la emergencia o, en los demás casos y salvo previsión legal, por las exigencias de la organización de la empresa y en la prudente medida que éstas toleren (185), sin olvidar que es de naturaleza a la suspensión por riesgo su carácter transitorio y reducido en el tiempo.

La modificación del contenido del contrato (186) plantea el doble problema de su misma licitud y de presunta novación. Para que la modificación circunstancial del contenido no entrañe una *rescisión condicional* al modo de la advertida por LYON-CAEN en el derecho francés (187), se hace preciso o *a*) evitar el ejercicio abusivo del derecho, si ha de resolverse inter partes, o *b*) remitir con carácter necesario la modificación del contenido a terceros o al juez. Por lo demás, la modificación, a efectos de superación de crisis económicas, especialmente, sólo roza la licitud cuando se pretendiera una variación del *quantum* de salarios mínimos y obligatorios, distinguiendo así del supuesto de disminución de salario pactado superior al impuesto coactivamente, caso este último en el que no creemos sea discutible la modificación temporal *in peius* del volumen de salario. Por lo demás la modificación *necesaria* del contenido es plausible, y da entrada, en los efectos, a la segunda cuestión, que es la de la posible producción de novación del contrato. La circunstancialidad, característica de los eventos imprevisibles, condiciona estas variaciones de contenido que, por lo mismo, no pueden implicar en principio carácter novato-

(183) MAZZONI, op. cit., pág. 379.

(184) Así, BARASSI, en *Tratado*, III, págs. 209-10. La compensación puede producirse —así régimen francés— por subsidios estatales. Cf. al respecto, LYON CAEN, op. cit., pág. 200.

(185) Doctrina de BARASSI, loc. antes cit.

(186) Sobre este punto, cf. DEVEALI, *Lineamientos*, págs. 245 y ss.; COMBA, *Il rapporto...*, cit., págs. 283 y ss.; DURAND, *Traité...*, II, págs. 783 y ss.

(187) Loc. cit.

rio (188). Sólo cuando desaparecido el riesgo, la parte que soporta el perjuicio de la modificación circunstancial no operase la virtualidad latente, podría pensarse que queda *ex nunc* novado el contrato, y aún así salvando las prestaciones modificadas, con naturaleza de derecho necesario.

Consideremos por último la realización correctora límite; la resolución del contrato de trabajo por causa de riesgo imprevisible. Entendida la resolución del contrato como la terminación del mismo sin que se haya realizado la causa por circunstancias objetivas o subjetivas voluntarias o no (189) y es predicable tanto de los supuestos de fuerza mayor como de los referidos a la excesiva onerosidad, si bien es mayormente aplicado a los primeros dada la nota de *definitividad* que comporta la nueva situación como efecto (190). A esta observación ha de añadirse el criterio jurídico laboral de la continuación del contrato para favorecer, como señala MAZZONI, a la parte más débil, mediante la revisión y modificación de las condiciones contractuales, revisión que por lo común puede venir dada respecto de los convenios colectivos que informan el contenido del contrato individual (191). Y, a ambas apreciaciones, en fin, la estrictamente técnica de la *circunstancialidad* del riesgo, siquiera sea razonable admitir que la nueva situación pueda consolidarse como duradera, cual pueda serlo el típico ejemplo de la nueva invención que hace inútil o muy costosa la producción. Con todo creemos debe partirse de la transitoriedad del riesgo, siendo la consolidación de sus efectos lo excepcional, de donde cabe deducir que igualmente excepcional es el arbitrio de la resolución del contrato; ahora bien, lo dificultoso es hallar un presupuesto único que justifique frente al riesgo, las consecuencias de la resolución, según sea pedida por el trabajador o por la empresa.

En apariencia, la resolución del contrato sólo parece concebible a tra-

(188) DEVEALI —lo: cit.— sostiene la frecuencia de la novación.

(189) Vid. sobre este punto MAZZONI, *Il contratto...*, págs. 384 y ss.; en particular, sobre la resolución por imposibilidad sobrevenida, SANTORO PASARELLI, *Nozioni...*, págs. 148-9. LEGA atribuye, sin embargo, efectos extintivos y no resolutorio a la imposibilidad sobrevenida, vid. *La libera professione*; 2.ª ed. Milán, 1952, págs. 315 y ss. El tema ha sido suficientemente aclarado por el profesor ALONSO GARCIA en *Ineficacia del contrato de trabajo. Revocación, rescisión, resolución y desistimiento*, en Rev. Dcho. Privado, mayo, 1956.

(190) Para MARCANTONIO, la fuerza mayor, que es un hecho exterior e independiente de la voluntad de los sujetos y normalmente imprevisible, es causa de resolución automática de todos los contratos y, por ello, del contrato de trabajo. Por tal se entiende la referida a aquella fuerza que provoca efectos extintivos y no a la imposibilidad temporal de prosecución de la relación de trabajo, y además a la fuerza mayor entendida en sentido técnico (*vis fatale cui resisti no potest*), a un hecho exterior a la empresa capaz de causar la resolución automática del contrato. (Op. cit., pág. 198).

(191) MAZZONI, *Il contratto...*, págs. 386-7.

vés del evento económico de las crisis empresariales; se contempla así la cuestión desde un aspecto parcial, o preconstituyendo un supuesto y forma concretos; lo colectivo o grupal, con olvido de que la fuerza expansiva del derecho del trabajo afecta, en el orden contractual a peculiares empleos y profesiones cuyos titulares pueden ser afectados de carga excesiva por variación de circunstancias, tan persistentes, que les conminen a buscar la exoneración, no aceptada de grado, sin embargo, por las empresas a quienes sirvan; cabe en esta línea, ejemplificar con el trabajo en espectáculos públicos, o el de ciertos técnicos superiores responsables de ciertos procesos de fabricación, etc. En todo caso, ni el riesgo que pide la resolución es predicable sólo de la empresa, ni tampoco con exclusividad respecto de imperativos económicos. La fórmula para llegar a la liberación mediante la acción resolutoria del contrato, se integra de los siguientes elementos:

- a) Presencia y calificación del riesgo imprevisible;
- b) Constatación de su consolidación como situación nueva, y
- c) Grave y notorio daño a la persona laboral que haya de soportarlo.

Entonces, la realización correctora límite, que es la resolución del vínculo, entrará en juego siempre que, además de realizarse el evento que contiene el riesgo, trasmute su normal eventualidad por la permanencia.

VI. EL RIESGO IMPREVISIBLE DESDE LOS SUPUESTOS DEL DERECHO DEL TRABAJO ESPAÑOL

1. La seguridad jurídica y nuestro ordenamiento laboral

No fué ajeno el régimen jurídico del trabajo en España a la tendencia limitativa que es propia al desarrollo de la legislación laboral; teóricamente aún los estudiosos que mantuvieron el carácter o naturaleza civil del contrato de trabajo, no dudaron en concebir al Derecho del trabajo como derecho *necesario* más que voluntario (192), nota ésta últimamente reafirmada por G. BAYON cuyo profundo estudio de las fuentes de derecho histórico le ha permitido afirmar que «la regulación heteronómica del trabajo constituye la verdadera tradición española, y la entrega de la relación laboral a la autonomía de la voluntad no es la regla, sino la excepción de duración escasa y de notoria influencia extranjera» (193). Cabe decir al respecto que, precisamente en punto a flexibilizar el principio heteronómico en materia de contratación laboral y desde el plano del excesivo gravamen de la prestación, por circunstancias sobrevenidas, las fuentes históricas revelan preceptos de singular interés (194).

Ahora bien, los alcances del principio heteronómico son subrayados por la doctrina en la medida que es compatibilizable la naturaleza contractual de la relación de trabajo y el «sentido social» que, como obser-

(192) En este sentido —observaba HINOJOSA— el Derecho del trabajo se presenta, pues, como un derecho *necesario* más que voluntario, como un derecho cuyas prescripciones se hallan limitadas en grado considerable por el orden público y el interés social, *El enjuiciamiento en el Derecho del Trabajo*, Madrid, 1933, pág. 7.

(193) BAYON, *La autonomía...*, pág. 29.

(194) Vid. CURIEL, *Índice histórico de disposiciones sociales*, Madrid, 1946.

va MENÉNDEZ PIDAL, en lo que se refiere a las cuestiones de la libertad de contratación y seguridad jurídica, somete a revisión las cláusulas *rebus sic stantibus*, la *exceptio non adimpleti contractus*, teoría de los riesgos y otras (195). La insistencia doctrinal al respecto se viene reafirmando en nuestros días: FEDERICO RODRÍGUEZ, en atinado artículo sobre la seguridad jurídica y la Política social fué uno de los primeros en afinar los términos de la cuestión afirmando, tras recordar que la seguridad jurídica no es sinónima de inmutabilidad, que «el orden jurídico puede cambiar y ha de cambiar para adaptarse a las circunstancias, sin que este cambio implique por sí solo la más mínima falta de respeto a la seguridad jurídica» (196), juicio éste que permite inferir una seguridad jurídica funcionalizada, tal como hubimos de postular páginas atrás, garantizada por igual frente a los excesos del formalismo hierático e imperioso voluntarismo (197) y los extravíos de una ingerencia desmedida.

En el delicado punto de conexión que determinan las coordenadas de garantía a la situación jurídica obtenida y fatal movilidad de la existencia social, se centra el propósito del bien común, como supuesto determinante de convivencia. Por ello mismo, la preocupación de los teóricos del Derecho del Trabajo progresa, en España, en el sentido de hallar respuesta a los estados conflictivos de la persona —empresario o trabajador— a quien la norma conmina en términos absolutos. Y no deja de ser alentador el hecho de que voces de autoridad, al denunciar las situaciones de conflicto consideren el principio revisionista como supuesto configurador del sistema jurídico del trabajo. En este sentido ha escrito PÉREZ BOTIJA: «El Derecho laboral es esencialmente dinámico y no puede cristalizarse. En casos de urgencia social no puede esperarse que las Cortes deroguen o modifiquen una ley circunstancialmente perturbadora. La ultrajuridicidad, el formalismo vacío de sentido, no son ingredientes nobles del «Estado de Derecho». Al viejo aforismo con raíces socrático-platónicas del *dura lex sed lex*, podría contraponerse el revitalizador *summum ius summa iniuria*, y la perenne cláusula *rebus sic stantibus* (198).

Pronunciándose así la teoría laboral española, cabe preguntar cuál sea la actitud explícita o indiciaria de nuestro ordenamiento: si éste re-

(195) *Derecho Social...*, vol. I, pág. 226.

(196) FEDERICO RODRÍGUEZ, *Seguridad jurídica y política social*, en *Rev. de Administración Pública*, n.º 6, pág. 218.

(197) Al modo de quienes remiten el principio de la seguridad jurídica a la fórmula *pacta sunt servanda*.

(198) PÉREZ BOTIJA, *El «Estado de Derecho» en el Derecho del Trabajo*, en *Rev. de Derecho del Trabajo*, n.º 30, pág. 100.

gistra o, cuando menos, permite inducir, en aras de verificación de lo justo, el principio del riesgo sobrevenido y no previsto respecto de las relaciones de trabajo.

2. El aspecto formal de la cuestión

La posibilidad de poner mano sobre el contenido de contratos válidamente concluidos *inter partes*, para alterarlo si concurren circunstancias que justifiquen la modificación del desenvolvimiento normal pactado, presupone una previa dación de poder al ente u organismo revisor. Por ello mismo, más que indagar la posibilidad substantiva o *por qué*s de la revisión, se hace necesario, con carácter previo, llegar a la certidumbre de si efectivamente el ordenamiento jurídico establece organismos o entidades y hasta qué punto unos y otras están dotados de imperio bastante como para forzar la voluntad de uno de los sujetos pactantes, y aún forzándola, a veces, excepcionar la aplicación de una norma estatal o convencional colectiva de carácter necesario desde la cual, y participándola, la voluntad del sujeto nutrió el contenido de la relación obligatoria.

a) *El poder judicial*

El régimen de jurisdicción laboral española anterior al sistema vigente de Magistratura de Trabajo compartía funciones normativas y jurisdiccionales estrictas, o de aplicación del derecho estatuido: La Comisión mixta de Trabajo catalana, de 1919 (199), el Comité Paritario y Comisión mixta de Comercio, creadas para aquella región en 1920 (200), y los denominados Tribunales del trabajo ferroviario (201), tenían atribuidos poderes normativos en orden a la fijación de condiciones de trabajo, con jurisdicción, además, en materia de conflictos colectivos, precedentes todos ellos de los sistemas de Comités Paritarios y Jurados Mixtos, instituciones éstas que en ciertos aspectos, «fueron como unos pequeños Parlamentos profesionales, que deliberaban sobre disposiciones fundamentales en determinadas industrias, aprobando y casi promulgando leyes en sentido material para los oficios respectivos» (202). Quiere decirse que la potestad revisoria pudo efectivamente ejercerse sub especie normativa, conociendo y resolviendo, por alteración de la situación jurídica preexis-

(199) Real Decreto de 11 de octubre de 1919.

(200) Real Decreto de 20 de abril de 1920.

(201) Real Decreto de 23 de diciembre de 1923.

(202) PÉREZ BOTA, loc. antes cit., pág. 102.

tente, conflictos planteados bajo el imperio de normas inadecuadas, por razones diversas y fuera de la determinación de las partes. Pese a los inconvenientes de este sistema de monismo legislativo y jurisdiccional (203), no cabe duda que introdujo en España un régimen de creación jurisdiccional del Derecho cuya trascendencia no es preciso encarecer, siquiera con reservas respecto de aquellas instituciones, en concreto. Precisamente por la vía del Derecho del Trabajo viene encareciéndose esa significativa apertura a la posibilidad creadora de la norma por vía de decisión judicial, al menos en lo que se refiere a la adecuación del derecho preestablecido al caso en debate, pero considerando las circunstancias que, exteriores al mismo, formalmente ajenas, condicionan sin embargo los efectos jurídicos de la situación contradictoria. En este sentido, y tomando como argumento de autoridad la función que a la jurisprudencia atribuye el profesor CASTÁN (204), G. BAYON ha observado cómo, en la evolución del derecho laboral, los criterios de interés nacional, protección social, primacía de la regla moral, etc., van informando el espíritu de los jueces, y éstos contribuyen en múltiples ocasiones a la elaboración del Derecho mirando más la finalidad general de las leyes que la voluntad de las partes del contrato (205).

Sin embargo es problemático admitir que el régimen de Magistratura español admita este neo-normativismo saludable, al menos en la consideración formal de las leyes que crean y regulan a aquél. Por de pronto, si acudimos a las normas originarias de la institución —Decreto de creación de 13 de mayo de 1938 y Ley orgánica de 17 de octubre de 1940— advertimos:

—Que la competencia atribuída a los Jurados Mixtos de Trabajo y Tribunales Industriales, era transferida a las Magistraturas recién creadas (206).

—Que en esta atribución de competencias, por el propio texto legal habrían de comprenderse:

a) El conocimiento de las reclamaciones civiles que surjan entre patronos y obreros o entre obreros del mismo patrono por incumplimiento

(203) Su crítica, en PÉREZ BOTIJA, *ibidem*.

(204) La jurisprudencia ha de volar «por el progreso del Derecho y su adaptación a las circunstancias históricas y sociales de cada momento», CASTÁN, apud. BAYON, *La autonomía...*, pág. 23.

(205) BAYON, *op. cit.*, pág. 23.

(206) Art. 1 Decreto 13 de mayo de 1938.

o rescisión de los contratos de arrendamiento de servicios, de trabajo, o de aprendizaje (207).

b) Los pleitos deducidos de la aplicación de la legislación de accidentes del trabajo (208).

c) Reclamaciones por incumplimiento de las leyes y disposiciones de carácter social que no tengan señalado procedimiento especial, gubernativo o judicial (209).

e) Determinación de las condiciones generales de reglamentación del trabajo, básicas de los contratos individuales o colectivos a celebrar (210).

f) Cuestiones derivadas de interpretación y cumplimiento de las obligaciones contractuales (211), y

g) Prevención de «los conflictos entre el capital y el trabajo procurando la avenencia en los casos en que aquellos vayan a producirse» (212).

—Que, por disposición de la Ley de 17 de octubre de 1940, orgánica de las Magistraturas, se atribuía a las mismas la intervención en los conflictos individuales originados entre los diversos elementos de la producción:

a) En las reclamaciones de «índole civil» (213);

b) En los actos de los elementos de la producción que en el campo del trabajo perturben el orden económico establecido (214); o

c) En los actos de aquellos que supongan conducta incompatible con el honor profesional (215).

—Que, para realizar las funciones atribuídas, la citada Ley de 1940, confería a las Magistraturas, la interpretación y aplicación de las normas legales pertinentes, con poder para ejecutar sus propias decisiones (216).

(207) Vid. art. 435, 1.º del Código de Trabajo de 1926.

(208) Vid. art. 435, 2.º Código trabajo cit.

(209) Vid. art. 435, 3.º Código trabajo cit.

(210) Art. 19, 1.º Ley de 27 de noviembre de 1931.

(211) Art. 19, 2.º Ley citada.

(212) Art. 19, 3.º, Ley citada.

(213) Art. 1 de la Ley.

(214) Id.

(215) Id.

(216) Art. 1. par. 2.º.

Del juego lógico-cronológico de los preceptos invocados, al que debe hacerse participar la normativa que contiene la Ley de 16 de octubre de 1942, sobre reglamentación estatal del trabajo (217), habrá de concluirse que las Magistraturas del Trabajo, en su valoración formal, si ciertamente nacieron con fines excedentes de la función meramente aplicativa del derecho preexistente, pronto fueron objeto de reducción de alcances normativos; reconduciendo su función judicial a la interpretación y aplicación de la norma legal existente.

Ahora bien, la codificación del procedimiento laboral, cuya fecha de publicación casi alcanza a la de promulgación de la Ley de Convenios Colectivos Sindicales (218) revela, al menos así nos parece, una tendencia a flexibilizar los alcances de la función jurisdiccional ya que el art. 1 del texto refundido le atribuye a nuestros Tribunales de Trabajo el conocimiento, resolución y ejecución de sus decisiones en materia de conflictos individuales que se promuevan en la rama social del derecho (219), haciendo desaparecer del texto las precisiones sobre interpretación y aplicación de la ley contenidas en el art. 1 de la Ley de 1940 antes aludido.

A esta posibilidad —y bien se nos alcanza su eficacia remota— en pro de una presumible, siquiera limitada función creadora de la acción del juez laboral español, hemos de añadir una circunstancia avalatoria de signo positivo. Trátase del contenido del art. 18 de la vigente Ley de Contrato de Trabajo; en él, tras declarar la validez parcial del contrato pactado con infracción de ley laboral (220), se establece que si el trabajador tuviera asignado beneficio o retribuciones especiales en virtud de obligaciones establecidas en la parte no válida del contrato, la autoridad judicial que, a instancia de parte declare la nulidad, hará el debido pronunciamiento sobre la subsistencia o supresión, en todo o en parte, de dichas retribuciones. La amplitud del arbitrio judicial al respecto rebasa el marco de lo estrictamente interpretativo, puesto que trátase de mantener o no la subsistencia de una prestación habiendo desaparecido por imposición de la ley la contraria que diese a aquella origen, supuesto éste, en opinión de PÉREZ BOTIJA, de novación del contrato cuyas cir-

(217) El art. 1 de la misma confiere como «función privativa del Estado», al Ministerio de Trabajo, «toda la materia relacionada con la Reglamentación del Trabajo», función hoy compartida con la Organización Sindical a virtud de la promulgación de la Ley de Convenios Colectivos.

(218) Ley de 24 de abril de 1958.

(219) Decreto de 4 de julio de 1958. En prensa este estudio nos llega el comentario que al art. 1 del Texto Refundido del Procedimiento Laboral, ha editado ALONSO OLEA, *La materia contenciosa laboral*, Sevilla, 1959.

(220) «Si por contravenir alguno de los preceptos anteriores resultare nula sólo una parte del contrato de trabajo, éste permanecerá válido en lo restante y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados a su legitimidad». Art. 10, par. primero.

cunstancias decide el juez (221) y que nos acerca, sensiblemente a la tesis de la intervención judicial con poder decisorio respecto de la alteración del contenido de los contratos.

b) *La potestad administrativa*

La Administración laboral española posee, en grado digno de ser advertido, imperio bastante como para adentrarse en el contenido de las relaciones de trabajo. No nos referimos, por obvia, a la potestad reglamentaria que tan ampliamente le atribuyera la Ley de 16 de octubre de 1942, sino al ejercicio, ciertamente en conexión con dicha Ley de las funciones que la Orden Ministerial de 27 de marzo de 1947 atribuyera a la Dirección General de Trabajo (222) y que, ejercidas en su aspecto interpretativo de las «normas» reguladoras de las condiciones de trabajo han llegado, por la vía de la *Resolución* administrativa a producir indudables efectos normativos respecto de los conflictos sometidos a la consideración de dicho centro directivo.

En un punto concreto; el referido al máximo acontecimiento de conflicto laboral y que en nuestro país se concreta mediante el arbitrio de la denominada «crisis de trabajo», hállase palmaria constancia de la tesis aquí sustentada, pues corresponde a la autoridad administrativa laboral decidir tanto la suspensión o cesación de las actividades de las Empresas y, por lo tanto «dar por suspendidas o extinguidas, según los casos sus relaciones laborales con el personal» (223), como la *modificación* «por cualquier concepto [de] las condiciones en que se desenvuelvan las relaciones laborales como entre los elementos de la producción», es decir, y con el texto legal, «cualquier otra [modificación] que implique alguna variación en el contrato de trabajo existente» (224). Naturalmente que los supuestos contemplados por las normas reguladoras del trámite de «crisis» aluden a situaciones de conflicto usualmente tenidas por «colectivas», pero que si se consideran al detalle, no lo serán tanto en variable número de casos. Precisamente porque en la ideación legislativa de la

(221) *El Contrato de Trabajo*, 2.^a ed., pág. 75.

(222) El art. 1 de dicha Orden le atribuyó, entre otras la función de interpretar las normas que regulan las condiciones de trabajo.

(223) Decreto de 26 de enero de 1944, art. 1.

(224) Art. 2 del Decreto de 26 de enero de 1944. El Decreto de 12 de diciembre de 1958, sobre desconcentración y transferencia de funciones, remite, desde el Director General de Trabajo a las Delegaciones de Trabajo, la resolución de todos los expedientes sobre suspensión o cese de las actividades de la Empresa, y consiguientes suspensiones y extinciones de las relaciones laborales, así como sobre modificación de las condiciones de trabajo (art. 3 a)

«crisis laboral o económica» es ingrediente *sine quae non*, cualesquiera acontecimiento impeditivo de la normalidad del desenvolvimiento de las relaciones contractuales entre trabajadores y empresarios, siquiera tomadas en bloque, el expediente arbitrado viene a situarla, en la zona teórica del riesgo imprevisible —supuesto éste por lo demás el que con carácter casi exclusivo juega para poner en ejercicio las normas reguladoras de la crisis—; he aquí que la Administración laboral española revela explícitamente, junto con la admisión de los principios del riesgo, su atención resolutoria, siquiera opere parcialmente respecto de la generalidad de los eventos sobrevenidos en el contrato de trabajo, toda vez que se refiere:

- a) a acaecimientos perjudiciales para uno de los sujetos; el empresario. y,
- b) que tengan inequívoco carácter económico y, además, sus consecuencias lo posean igualmente.

Esta indudable función *revisoria* del contenido de los contratos de trabajo, y que alcanza peculiares matices cuya casuística por conocida nos revela de consignarla aquí, sitúa a la Administración laboral en un *prius* jurídico de apreciable valor cuando se considera el tema del riesgo imprevisible, prioridad ésta que hubo de alcanzar su dimensión límite —consignemos el hecho tan sólo a efectos de marcar la tendencia de política administrativo-laboral— en la base 15 del anteproyecto de Ley de Bases para la codificación laboral española (225), redactada del siguiente tenor: «Cuando sobre el aspecto individual de una reclamación contenciosa ante la Magistratura de Trabajo predomine el carácter social con repercusiones de interés colectivo, corresponderá su resolución al Ministerio de Trabajo, con inhibición de la Magistratura en sus funciones» (226).

(225) Nuestro conocimiento —indirecto y parcial— de dicho anteproyecto, nos llegó por la comunicación presentada por el prof. PÉREZ BOTIJA al I Congreso Internacional de Derecho Social de Sao Paulo, de 1954, publicada en la Revista de Derecho del Trabajo (núms. 4, 5 agosto de 1954) bajo el título de *El contrato individual de Trabajo en el Derecho español*. El prof. ALONSO GARCÍA lo reseña en su obra *La Codificación del Derecho del Trabajo*, Madrid, 1957 y aún alude a otro nuevo anteproyecto de Código laboral, de 1957.

(226) Remitimos la apreciación de este texto a la opinión sobre él consignada por PÉREZ BOTIJA en la Comunicación citada, vid. n.º 4 de la Revista, pág. 67.

c) *La potestad empresarial*

Si ciertamente no podríase mantener, con todas sus consecuencias la entronización del principio revisionista, con carácter unilateral en favor de las empresas, no es menos cierto que la legislación española induce a pensar su posibilidad, cuando menos *sub conditione*. De ello tenemos dos muestras.

La primera, y no de rango circunstancial precisamente, viene contenida en dos leyes de importancia: tanto el texto refundido de la de Contrato de Trabajo, como la Ley de Reglamentaciones, al determinar el contenido de los Reglamentos de Régimen interior, preceptúan que estos contendrán, entre otras, disposiciones acerca de «suspensiones de trabajo» (227), esto es, la previsión de circunstancias que, acaecidas, legitiman a la empresa para instar la suspensión de sus contratos con los productores a su servicio. Prescindiendo del trámite de aprobación de Reglamentos de este carácter por la autoridad laboral, y aún de la cuestión teórica de la naturaleza de los mismos (228), lo cierto es que la empresa puede, por este arbitrio «prever» —valga la paradoja— circunstancias genéricas que constitutivas de riesgo imprevisible, determinen, con la suspensión del trabajo, la de todos o ciertos efectos derivados de la vigencia del contrato.

La segunda posibilidad revisoria atribuida a la empresa, en este caso muy concreta, pero no por ello menos importante, es la contenida en el Decreto de 8 de junio de 1956, que vino a derogar los denominados Decretos de Política de salarios (229); el art. 2 de aquel establece que cuando por el Ministerio se *modifiquen* las condiciones establecidas en los Reglamentos, las empresas podrán absorber en *las nuevas condiciones económicas* los beneficios que hubieran concedido anticipadamente sin necesidad de autorización de aquel. O lo que es lo mismo, siguiendo el contenido del Decreto:

—Dada una empresa que *contrate* a todo o parte variable de su personal con retribuciones diversas y superiores a las reglamentarias;

—Dado un posterior aumento de retribuciones, esta vez genéricamente impuesto por norma reglamentaria (230), de alcance, por lo mismo, genérico,

(227) Art. 22 de la Ley de Contrato de trabajo y art. 16 de la Ley de Reglamentaciones.

(228) Vid. sobre el tema, PÉREZ BOTIJA, *Curso*, págs. 100 y ss.

(229) Decretos de 16 de enero de 1948 y 23 de octubre de 1953.

(230) Y habrá de pensarse en el aumento procedente de la norma nacida de la convención colectiva sindical.

—la empresa no viene obligada a lo que en técnica contractual implicaría una novación legal del contrato que, en tanto que tal constituye una modificación de su contenido. Y ello,

—porque la empresa *podrá* absorber la «nueva condición económica» o, en términos de mayor justeza jurídica; la empresa, a seguido de una genérica novación de los contratos que le vinculan con su personal, puede revisar los alcances de la novación misma e, incondicionalmente, optar o no por la compensación del aumento legal y genéricamente establecido.

Por supuesto que no se nos escapan, tanto las razones que determinaron la derogación de los Decretos de Política de Salarios con posterior promulgación de la norma vigente examinada, como lo que esta última tiene de estimulante respecto de las empresas. Mas, dejando a un lado consideraciones de política legislativa y de política social, el ejemplo aducido corrobora, en nuestra opinión la existencia de concesiones de facultad revisionista respecto del contrato de trabajo, a las empresas. Máxime si los aumentos reglamentarios de salarios se enfocan desde el punto de vista del riesgo imprevisible; esto es, de eventos que, al acaecer e incidiendo sobre una situación contractual dada, encarecen con quebranto económico la prestación empresarial. Desde tal apreciación, la mecánica del Decreto de 1956 opera la rectificación de la posible insoportabilidad relativa, sin precisión de órganos revisorios jurisdiccionales o administrativos.

VII. EL RIESGO IMPREVISIBLE EN EL DERECHO ESPAÑOL. POSIBLE APRECIACIÓN RESPECTO DEL TRABAJADOR

1. El principio del resarcimiento y la conducta del trabajador

Retribuyendo el principio indemnizatorio que en favor del trabajador establece el art. 36 de la Ley de Contrato de Trabajo, según el cual se reputa nula la renuncia hecha por el trabajador, antes o después de la celebración del contrato, de las indemnizaciones a que tenga derecho por accidentes en el trabajo, *perjuicios ocasionados por incumplimiento del contrato*, o cualesquiera otros beneficios establecidos por la Ley, el artículo 81 del mismo texto normativo preceptúa que si fuere el trabajador el que incumpliere el contrato, *abandonando el trabajo*, el empresario tiene derecho a exigirle el resarcimiento de daños y perjuicios. Por supuesto que el principio del resarcimiento campea en otros artículos, pero difiere su formulación respecto de la contenida en el art. 81 dado que a la expresa exigencia de malicia o consciencia de incumplimiento pedida por aquellos (231) se contrapone la escueta formulación del art. 81 que parece admitir —situando el abandono como causa de extinción del contrato (232)— por principio, que la negativa a seguir trabajando, se reputa culpable, con la consiguiente prueba en contrario cargada al trabajador, a diferencia de los demás supuestos de incumplimiento, cuya calificación

(231) Arts. 63, 70 y 72 de la Ley de Contrato de trabajo. La Reglamentación de trabajo de la Marina mercante preceptúa que, caso de abandono del buque por el tripulante, y sin perjuicio de las responsabilidades penales, el naviero o armador tendrá derecho a exigirle, como indemnización, el resarcimiento de daños y perjuicios consiguientes (vid. art. 202).

(232) El art. 81 está recogido en el capítulo VII del Libro I bajo la rúbrica de «Extinción del contrato de trabajo».

de maliciosos obliga a la empresaria a constatar la existencia de esa circunstancia.

La vigencia del principio indemnizatorio, en lo que tiene de exigibilidad respecto del trabajador ofrece una trascendencia positiva bastante más ponderada de lo que tal vez pudiera estimarse; Magistratura ha habido que, por incumplimiento de contrato —«por resolverlo unilateralmente y sin causa justificada»— condenó, años pasados, a dos trabajadores a indemnizar a la empresa en trescientas mil pesetas (233), resarcimiento éste cuya cuantía advierte sobre los alcances prácticos del principio.

Las precedentes consideraciones permiten situar el problema del incumplimiento involuntario por el trabajador en los límites que, excediendo de la sinalagmaticidad contractual, vienen dados por la acción rescisoria atribuible al empresario cuando aquel, efectivamente, se produce. La conducta del trabajador contratado no disfruta de posibilidad *ad libitum* en orden al tema de incumplimiento, sino que éste, para exonerar, ha de producirse mediando causa bastante —tal, primeramente, el incumplimiento empresario, tal la imposibilidad absoluta de incumplimiento, tal, en nuestra opinión, los casos en que el cumplimiento grava excesivamente a la persona del obligado al producirle perjuicio económico, daño físico o quebranto moral. Ahora bien, ¿contiene el derecho laboral español normas que permitan excepcionar cumplidamente tales circunstancias como justificativas? Y de responderse efectivamente, ¿cabe mantener la vigencia del contrato, por vía de suspensión temporal de sus efectos, o la extinción sin resarcimiento o, en fin, la suspensión temporal de la prestación sin que a su vez tal suspensión presuponga la correspondiente al empresario o de abono de salarios? Examinemos las diversas posibilidades.

2. Las ausencias en el trabajo y su valoración por el principio del riesgo a la luz de la Ley de Contrato de Trabajo

Aunque la vigente Ley de Contrato de Trabajo no registra con carácter general precepto que permita subsumir en él los variables supuestos de riesgo imprevisible que lastren el normal cumplimiento de la obligación laboral del trabajador, dos normas lo hacen posible; una porque ha previsto situaciones de irreprochable adecuación al concepto de riesgo

(233) Vid. la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1955. Similar, la de 8 de mayo de 1951.

imprevisible, otra, que permite inducir la alegación del principio. Ambas, en fin, predicables de ausencias del trabajador no sancionables. Veámoslas.

El art. 67 permite la falta al trabajo, previo aviso, y con derecho a percibir el salario, entre otros, «por tiempo que no exceda de una jornada de trabajo, en los casos de muerte o entierro de padre o abuelo, hijo o nieto, cónyuge o hermano; enfermedad grave de padres, hijo o cónyuge; alumbramiento de esposa». Apresuremosnos a dejar sentado que las Reglamentaciones de Trabajo, con mayor generosidad, regulan estos supuestos de «incumplimiento» involuntario o, más exactamente, justificado, como señalaremos más adelante. Lo que por el momento importa puntualizar es el suceso legislativo de ponderar como causa bastante para permitir la suspensión de la obligación de trabajar, manteniendo sin embargo la contraprestación salarial empresaria en todos estos acaecimientos imprevisibles que, como hemos señalado precedentemente son otras tantas circunstancias emergentes que, presionando el ánimo del trabajador pueden efectivamente convertir en notable y circunstancialmente dolorosa la prestación, por presumirla inductora de quebranto moral. En rigor la doctrina del riesgo halla aquí su más pleno acomodo, en especial porque salvando la prestación del obligado, por las circunstancias sobrevenidas, mantiene sin embargo exigible la correspondiente a la empresa —abono de retribución (234).

Mas esta recepción de la doctrina del riesgo, con efecto suspensivo de la prestación del obligado, sólo opera en los supuestos específicamente señalados por la Ley. Cabe preguntar si todavía ésta ampara aquellos otros supuestos de hecho diversos de los concretados en el art. 67. El art. 79 del texto legal contempla situaciones que de algún modo alteran el contrato —subjetiva u objetivamente— pero que, en todo caso no autorizan a «darlo por terminado»; entre ellas y respecto de imposibilidad de cumplimiento por el trabajador no es posible encontrar apoyo para las que no siendo virtualmente impositivas, gravan con exceso, por daño de diversa índole, al obligado; fuera de los casos de incapacidad temporal para el trabajo, derivada de accidente o enfermedad, ausencia justificada por servicio militar o desempeño de cargo público o, en fin, descanso de la

(234) La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1958 pudo abrir posibilidades a la doctrina del riesgo yendo más allá de la usual apreciación económica: un trabajador, deja de trabajar un día, contra la voluntad de la empresa, por tener enferma a su esposa y serle preciso cuidar a sus hijos. La empresa propone el despido, pero la Magistratura de instancia considera la falta como grave (!) e impone sanción de cuatro días de suspensión de empleo y sueldo. El Tribunal Supremo, por su parte, considera que el hecho, «dados los móviles», no es muy grave.

trabajadora por causa de alumbramiento, no se prevé ninguna otra situación. Ahora bien, si consideramos que en punto a ausencias del trabajo el tema se retrotrae jurídicamente a indagar la justificación o no de las mismas, por causa bastante, y a los efectos de evitar la consecuencia límite, esto es, la resolución de la relación laboral mediante despido justificado, la doctrina del riesgo tiene entrada en nuestro ordenamiento positivo a través del art. 77 de la Ley.

Entre las justas causas de despido del trabajador por el empresario reseña el citado art. 77, en primer término, «las faltas repetidas e *injustificadas* de puntualidad o de asistencia al trabajo». No puede decirse que la doctrina haya ahondado sobre el aspecto negativo de la cuestión o interpretación a contrario del precepto reseñado (235), salvo la atención que le presta ALONSO OLEA, quien vislumbra en los supuestos de ausencia no culpable, supuestos de fuerza mayor (236). Para nosotros junto a esta última, habrán de alinearse aquellas circunstancias de necesaria ponderación que, sin impedir materialmente el cumplimiento del deber fundamental de asistencia al trabajo, lo *justifiquen* de algún modo; y es probable que por esta vía de la *justificación* a que alude la Ley ciertas ausencias, determinadas por circunstancia sobrevenida y no prevista —fallo del medio de transporte habitual, a que alude PÉREZ BOTIJA— determinen la liberación circunstancial de la obligación contraída. El problema se mantiene, sin embargo, respecto del valor de la ausencia si ésta se prolonga en el tiempo y, conjunto en ciertos supuestos con él, la exigibilidad o no de la prestación empresarial.

En uno y otro caso habrá de remitirse la solución al prudente arbitrio judicial, salvo el contenido de la Reglamentación aplicable. Con todo, respecto de la contraprestación salarial el criterio restrictivo de la jurisprudencia, siquiera mostrado en litigio sobre suspensión de efectos que excedió los tres años, es evidente, por apego al principio de la reciprocidad de prestaciones en el contrato de trabajo, apelación ésta que permite entrever criterios harto rígidos (237).

(235) BENTREZ DE LUGO, por ejemplo, en *La extinción del contrato de trabajo*, Madrid, 1945, pág. 120, limitase a señalar, siguiendo resoluciones jurisprudenciales, casos en que no es aplicable el precepto. PÉREZ BOTIJA, al comentar el párrafo llama la atención sobre su inaplicación caso de falta de medios de transporte, supuesto típico de riesgo (*El contrato...*, pág. 291).

(236) *El despido...*, pág. 138.

(237) Tribunal Supremo, Sentencia de 26 de febrero de 1953; interesante al respecto el segundo Considerando. Sobre la insistencia en la nota de voluntariedad como ingrediente del abandono de trabajo, constitutivo de extinción del contrato, vid. entre otras, Tribunal Supremo, Sentencia de 11 de enero de 1957.

3. Las ausencias en el trabajo y las Reglamentaciones

En el régimen español de regulación reglamentaria de las condiciones de trabajo se hallan varios y valiosos indicios que permiten advenir cómo el supuesto genérico del riesgo se abre paso en la normativa del contrato laboral, tal vez porque el proceso de elaboración de las Reglamentaciones mismas, así como su obvio *minuciosismo* obtenido a la luz de la experiencia hicieron posible, en su día confrontar directamente las realidades en que se hallan inmersos los sujetos del contrato, respecto del contrato mismo.

Excedería a los propósitos de este trabajo agotar la cita de los preceptos reglamentarios que fundamentan nuestro aserto. Creemos bastante, en éste como en sucesivos epígrafes ofrecer algunas muestras al respecto. En general cabe decir que las Reglamentaciones:

—amplían los alcances del art. 67 de la Ley de Contrato de Trabajo, respecto de los casos de enfermedad, muerte o sepelio de familiares del trabajador, al conceder «licencias» retribuidas o «permisos» igualmente remunerados:

a) cuando de aquellos supuestos fuesen víctimas —muerte— «ascendientes o descendientes» (238),

b) y por tiempo de uno a cinco días (239), o a siete (240), o a diez (241) o, en fin, «por el tiempo indispensable» (242).

—Y los amplían, igualmente, respecto de la causa o circunstancia sobrevenida; así, la Reglamentación de trabajo de la Industria Papelera sitúa, junto a las causas antes aludidas, «otras causas de análoga naturaleza» (243).

Por supuesto que el criterio no es uniforme en el conjunto de las Reglamentaciones vigentes, pero cabalmente puede invocarse como orientador respecto del prudente arbitrio judicial antes invocado pues, si bien

(238) Así, v. gr.: Reglamentaciones de trabajo del Patronato de Apuestas mutuas deportivas art. 40, b); de manipulado de agrios, art. 51, b) y de la Telefónica, art. 102, c).

(239) Reglamentación Apuestas, art. cit.

(240) Id. Telefónica, art. cit.

(241) Reglamentación industria papelera, art. cit.

(242) Manipulado de agrios, art. cit.

(243) Art. 62

se considera, las permisiones y aun derechos examinados son *exteriores* a la peculiaridad de la profesión u oficios correspondientes a una Reglamentación dada.

4. Riesgos derivados de la determinación geográfica del lugar de la prestación

La consideración de los menoscabos que pueden afectar al trabajador contratado, por causa bien de su alejamiento del lugar de trabajo, bien pudo ser prevista al contratar o, contrariamente, pasar por alto o, en fin, sobrevenir aquellos por imponderables de diversa índole. Las Reglamentaciones de Trabajo unas veces, y otras la acción normativa de la autoridad laboral, han prestado atención a estos supuestos en su más variadas formas, todo lo cual permite incorporar al acervo situaciones de riesgo específicamente contempladas por el legislador, a priori, o reconocidas con posterioridad al evento y, por lo mismo, resolutorias de éste. Veamos algunas de ellas.

a) *Plus de distancia*

Regulado de muy diverso modo en distintas Reglamentaciones —según explica el preámbulo de la Orden Ministerial de 10 de febrero de 1958, a que de inmediato acudimos— el denominado plus de distancia, se ha estimado conveniente unificar tales normas. Y, efectivamente, el texto de dicha disposición, completado por el de la Orden de 4 de junio del mismo año, unifica y detalla las normas a tener en cuenta para el abono de este plus, consistente en la cantidad a percibir por el trabajador por los recorridos que tenga que hacer a pie o en medios de transporte no facilitados por la empresa para acudir al trabajo, por hallarse el centro-laboral u obra en que debe prestarlo a más de dos kilómetros del límite del casco de la población de su residencia (244).

Sin entrar con detalle en la mecánica reguladora del plus, de él cabe decir que, efectivamente, constituye una previsión legislativa respecto del riesgo relativamente emergente que corren los trabajadores cuyo desplazamiento a la empresa o lugar de prestación de trabajo gravaría, en otros caso sus normalmente modestas economías.

Con todo, nuestra observación no va tanto dirigida a destacar el sentido justificador de este plus como a poner de relieve la previsión legal

(244) Art. 2 O. M. 10 de febrero de 1958.

decididamente inspirada en el principio del riesgo imprevisible, y que contiene el art. 5 de la Orden de febrero de 1958. En este precepto se dispone que el trabajador, al ser admitido en la empresa, señalará y justificará el lugar de residencia, sin que sus traslados posteriores a otros más alejados puedan determinar incremento del plus. Ello no obstante, «los Delegados provinciales de Trabajo podrán declarar el derecho al percibo del plus o aumento del mismo cuando *causas no imputables al trabajador o circunstancias familiares o sociales*, probadas fehacientemente, obliguen o aconsejen el cambio de domicilio». Huelga comentar esta norma que tan explícita como acertadamente, da entrada en nuestro Derecho laboral, sin mayores discriminaciones o sutilezas, al principio del riesgo imprevisible. No ya los típicos casos de desahucio de vivienda, sino circunstancias de entidad moral —póngase por caso, convivencia de la familia del trabajador con otras personas, debida a aglomeraciones de habitación, y que se hace difícilmente sostenible, hijos en edad escolar excesivamente alejados del centro de enseñanza, etc.— habrán de ser ponderadas por la autoridad de trabajo al momento de variar el trabajador de domicilio y a los fines de mantenimiento o aumento del plus de distancia (245).

b) *Plus compensatorio por elevación de tarifas de transporte*

La Orden Ministerial de 24 de septiembre de 1958 proveyó a resolver el perjuicio económico que para cierto sector de asalariados (246) tuvo su causa en aquellas poblaciones en que las tarifas de transporte urbano y las de los llamados servicios «de cercanías» fueron elevadas a partir de 1 de enero de 1958, «o lo sean mientras se halle en vigor la presente disposición». Este plus, denominado de compensación por transporte, tiene por cuantía el incremento experimentado por las tarifas, según el número de viajes que el trabajador venga obligado a efectuar para atender la jornada normal (247). Las cuestiones derivadas de la efectividad del Plus

(245) En esta materia y siguiendo en cierto modo el criterio de la causa sobrevenida, ya se pronunció el Tribunal Supremo en sentencia de 26 de febrero de 1954, en la que si bien se denegaba el plus de distancia solicitado, argumentábase a tal fin, no haber aparecido probado el cambio de domicilio por causa ajena a la voluntad de los trabajadores.

(246) Según el art. 1, el plus afectaba a los trabajadores cuya total remuneración por todos conceptos fuese inferior a 24.000 pesetas anuales. La O. M. de 24 de octubre del mismo año elevó el límite hasta 36.000 pesetas.

(247) Las circunstancias a coincidir para el derecho al devengo se determinan en el art. 3 de la O. M. de 28 de septiembre de 1958.

habrán de resolverse, en lo local, por las Delegaciones de Trabajo, elevando a la Dirección General de Trabajo solamente las cuestiones de interpretación que tengan carácter general, «para lo cual considerará siempre los propósitos inspiradores de esta Orden» (248).

c) *Plus por cambio de lugar habitual de trabajo*

Concurren sensibles variantes entre los supuestos de desplazamientos de trabajadores por causa de trabajo, desde una localidad a otra, y aquellos otros en los que, por razón de la naturaleza del trabajo mismo el lugar de la prestación es variable, respecto del tenido por habitual. Podría discutirse el carácter de «riesgo» repercutible sobre el trabajador de estas variaciones, máxime cuando vienen determinadas por la Empresa. Con todo aducimos el supuesto para insistir sobre la tendencia de nuestras Reglamentaciones a sopesar circunstancias sobrevenidas que, de no ser atajadas, gravan con exceso la economía del trabajador. En este sentido, el art. 32 de la Reglamentación de Trabajo de las Juntas de Obras de Puertos (249) establece que cuando los trabajadores hayan de presentarse a la hora normal de comienzo de los trabajos en lugar diferente del habitual y que diste a más de tres kilómetros de éste, tendrán derecho a un plus no inferior a 10 pesetas, salvo que se les proporcionen medios de locomoción o que se les abone el importe de éstos, todo ello sin perjuicio de que se les satisfaga como tiempo de servicio el que exceda de sesenta minutos entre la hora de salida del lugar donde viniese trabajando hasta la del comienzo efectivo de la labor.

d) *Quebrantos por cambios de residencia impuestos por la prestación*

Las Reglamentaciones contienen, por lo común, prescripciones respecto de los traslados de personal, y si la norma usualmente establecida mantiene la necesidad de que —salvo sanción en forma de traslado—

(248) Art. 5 de la O. M. de septiembre. El preámbulo razona con argumentos que inciden en la problemática del riesgo imprevisible: «El Gobierno, siguiendo una línea de estabilidad en los costos y precios, en cuanto lo permiten las circunstancias económicas, ha de compensar, por tanto, de algún modo los referidos aumentos para que no repercutan en el poder adquisitivo de la retribución del trabajo y den ocasión a un aumento general de salarios, que en la presente coyuntura se considera perjudicial para el bien común. Teniendo en cuenta que estos aumentos, considerables cuando recaen sobre economías modestas, no tienen ese carácter ni se imputan a los gastos generales de una empresa de vida normal...», etc.

(249) Aprobada por O. M. de 28 de enero de 1956, y modificada por la de 11 de julio de 1958.

para cambiar de residencia es preciso el consenso del trabajador afectado, no faltan excepciones reglamentarias al principio, dictadas por «necesidades» de la empresa o servicio desarrollado por la misma. Obviando en lo posible la onerosidad del traslado impuesto, se establecen las «indemnizaciones de residencia» (250), independientes de los gastos de desplazamiento y que, por lo común, adoptan las formas de devengos periódicos a satisfacer por la empresa.

Variante de las anteriores situaciones son las deducidas del traslado de residencia de la empresa misma, emergencia ésta que, sea cual fuere la causa que la determine, comporta una circunstancia sobrevenida al momento de contratar y, posiblemente no beneficiosa para el trabajador. Al respecto, el III Congreso Sindical pronuncióse en el sentido de que, cuando una empresa traslade su residencia, se conceda a los trabajadores opción para continuar trabajando en su nueva sede, con abono de los gastos correspondientes o rescindir el contrato de trabajo, percibiendo indemnización equivalente a los casos de despido (251).

Concomitante con los dos supuestos aludidos bajo el epígrafe, hemos de registrar un supuesto típico de riesgo imprevisible cargando sobre el trabajador con amenaza de producirle riesgo físico, y resuelto con plausible penetración por nuestra jurisprudencia. Tratándose de trabajador a quien por prescripción médica se le impide cambiar de clima, la empresa ha de tener por decaído su derecho a trasladarle, si media oposición del interesado con fundamento bastante o, como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1954, sentada la conclusión pericial de que la enfermedad que padece el actor, le impide un cambio de residencia, por comprometer gravemente su vida, y sin negar el derecho de la empresa a los traslados de su personal por necesidades del servicio (152), «se desprende la imposibilidad de cumplir una condición a la que estaba supeditada el traslado del productor reclamante».

(250) Por ejemplo, respecto del personal del Banco Exterior, vid. su Reglamentación, art. 28, y OO. MM. de 28 de noviembre de 1956 y 8 de mayo de 1957.

(251) Ante el silencio de la Ley de Contrato de Trabajo, MENÉNDEZ PIDAL estima —*Derecho Social...*, v. I, pág. 280— que para el traslado de empresas es precisa autorización, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 2 del Decreto de 26 de enero de 1944, en relación con el art. 1 de la O. M. de 5 de abril del mismo año, por tratarse de «variación de contrato».

(252) Debatíase la aplicación del art. 48, c) de la Reglamentación de Trabajo de Electricidad

5. Riesgos derivados de las circunstancias en que se realiza la prestación

Circunstancias de hecho insitas en la manipulación misma objeto de trabajo, o en el lugar donde éste ha de realizarse pueden acarrear daño físico o coacción insufrible para el obligado. El derecho español contiene al respecto prescripciones particulares, reguladoras de situaciones específicas pero que también contribuyen a robustecer la genérica recepción de los principios de la alteración del contrato por circunstancias sobrevenidas y no previstas.

El Decreto de 26 de julio de 1957, que recopila normas sobre trabajos prohibidos a mujeres y menores, por peligrosos o insalubres puede ser invocado al respecto, como prevención legal genérica y aún referible a cada situación en concreto, ello porque el art. 1.º e), prohíbe trabajos que resulten inadecuados para la salud por implicar *excesivo* esfuerzo físico o *ser perjudiciales a las circunstancias personales* de mujeres menores de 21 años y varones con edad hasta 18 años. La mención a la situación personal del contratado permitirá en cada supuesto a la Inspección del Trabajo, bien por impulso propio, bien por petición de interesado determinar qué trabajos reportan perjuicio y, de consecuencia, modificar el contenido de la prestación.

Alguna Resolución, interpretando preceptos de Reglamentación de Trabajo ha determinado acertadamente que cuando la temperatura ambiente resulte excesiva, se impone la suspensión del trabajo por esta causa (253).

Señalemos, por último, interesantes preceptos de la legislación laboral española para la Marina mercante. La Ley de condiciones de trabajo, texto articulado de 23 de diciembre de 1952, regula la extinción de la relación laboral (254) por voluntad del trabajador, si median, entre otras algunas de las siguientes circunstancias:

—Si sobreviniera y se declarase una enfermedad epidémica en el puerto de destino o en los de escala.

—Si el buque se dirige o hace escala en puertos de nación beligerante o tiene que navegar por zonas declaradas de guerra. (La Reglamentación

(253) La Resolución de 20 de octubre de 1958 aclara el art. 63 de la Reglamentación de tejas y ladrillos, sobre suspensión de trabajo en hornos si la temperatura en el lugar de trabajo es superior a 42° C, en verano y a 36° C, en invierno.

(254) Art. 22.

de Trabajo de la Marina mercante añade a éstas (255) la circunstancia de cruzar la nave mares considerados como peligrosos en caso de conflicto internacional).

—Si se exige trabajo distinto del pactado, salvo las excepciones previstas en la Ley y en la Reglamentación (256).

Estos preceptos, algunos de ellos de indudable ascendencia en el derecho histórico español (257) revelan la recepción de supuestos de triple naturaleza conjugando presiones de carácter económico, moral y de temor físico como justificativas de extinción causalizada justificada del contrato.

6. Riesgos derivados de imprevisión habida en el cálculo de ganancia

Cuando la modalidad de prestación de trabajo halla su respuesta contractual en la modalidad retributiva diversa del régimen de salario horario, pueden plantearse cuestiones de excesiva onerosidad gravosa para el trabajador, a las cuales puso atención la ley laboral española, arbitrando el régimen de la revisión del pacto o de la indemnización, en otro caso. Tres son las situaciones distinguibles al respecto.

a) *Imposibilidad transitoria de trabajar a destajo*

Con independencia de aquellos casos, previstos por la Ley en que por causa imputable al empresario no es posible obtener los rendimientos previstos (258), se regula la situación creada al establecer que habrá de realizarse la prestación con retribución horaria. Ciertamente que la redacción del art. 65, que contiene esta disposición, parece, sin duda, establecer una novación circunstancial favorable al empresario, al determinar que «si el trabajador estuviera contratado a destajo y transitoriamente éste no pudiera realizarse, sin culpa del empresario, o por exigencia inevitable de la explotación, el trabajador *no podrá eximirse* de prestarlo por tiempo, en la misma Empresa y en obras adecuadas». Ni parece afortu-

(255) Art. 174.

(256) Téngase presente que la ley determina que el abandono de buque sin aviso previo, obliga al tripulante al resarcimiento y perjuicios de daños (art. 26-D).

(257) El Libro del Consulado del mar prevee el pacto de patrón con marinero que no se atreve a ir a ciertos parajes, y establece como retribuirle y, en otro caso, cuál sea su obligación. Vid. *Cumist, Índice*, n.º 403.

(258) Art. 40 de la LCT.

nada la redacción ni acorde con la técnica contractual laboral el espíritu informante de la norma. Porque si median circunstancias de imposibilidad, no imputables al empresario, hallaríase éste en situación de violentado en el cumplimiento por causa de fuerza mayor o *casus* y, de consecuencia,

—ni vendría obligado a retribuir,

—ni el trabajador podría, esto es claro, solicitar la retribución,

—ni, en fin, procedería la modificación transitoria del régimen de trabajo y retribución.

Por ello cabe estimar que el artículo en cuestión, tanto garantiza al empresario el ejercicio de un derecho de alteración de contenido, como al trabajador el de cambio de modalidad de prestación.

b) *Onerosidad excesiva en los regímenes de tareas, primas o destajos*

Contienen las Reglamentaciones normas sobre el régimen de fijación de módulos de producción para el cálculo de rendimientos y retribuciones al trabajador en regímenes de tarea, destajos, primas, etc., como igualmente posibilidad de revisión de las tarifas acordadas, preceptos de importancia a los fines de salvar prestaciones excesivamente onerosas para los trabajadores y deducidas, no sólo de error en el cálculo de las tarifas, sino de cambio sobrevenido en las condiciones bajo las cuales se desarrolla la prestación, calidad diversa de la materia prima, etc. La Reglamentación de Trabajo del Consorcio Nacional Almadrabetero (259), ha previsto la procedencia revisoria, entre otras, por aumento o reducción del equipo de trabajo existente en el departamento, o por modificación de las condiciones de trabajo o de abastecimiento de materiales, siempre que esto suponga aumento o modificación.

c) *Perjuicio económico para el «inventor»*

La doctrina ha cuidado la distinción entre el enriquecimiento *tortizo* o sin causa y el riesgo imprevisible (260) porque, efectivamente, en aquel está ausente el fundamento jurídico que explique el tránsito patri-

(259) O. M. de 23 de noviembre de 1952, art. 31.

(260) Por ejemplo, BARRERAS, op. cit., págs. 25-7.

monial en beneficio del enriquecido. Por ello mismo estimamos que cuando el art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo establece que en la invención de servicio (261), la desproporción entre la ganancia que produzca y la retribución del inventor, será indemnizada, regula un supuesto de riesgo imprevisible típico, toda vez que, inexistente el precepto, los servicios del que denomina PÉREZ BOTIJA «obrero inventor», que produjesen consecuencias de hallazgo positivo y manifiestamente lucrativo para la empresa, sólo tendrían para el descubridor la retribución pactada a priori. Lo que efectivamente consigue el art. 30 es introducir el principio de la rectificación de la voluntad pactante, siquiera halla de entenderse que la *indemnización especial* a que alude, no será propiamente tal —por no tener causa de resarcimiento— sino nueva fijación de retribución más acorde con el valor económico de la prestación del trabajo contratado.

(261) Consideráuse invenciones de servicio, según el art. 29, las realizadas por trabajadores contratados al efecto para estudiarlas y obtenerlas.

VIII. EL RIESGO IMPREVISIBLE EN EL DERECHO ESPAÑOL SU APRECIACIÓN RESPECTO DE LA EMPRESA

1. Rectificación empresarial de lo sobrevenido por el principio del «*ius variandi*»

Concebido el *ius variandi* como la potestad del empresario de alterar los límites de la prestación de trabajo (262), ampara dos supuestos fundamentales en la vida laboral; a saber: la necesaria libertad de determinación técnica del trabajo por la que, precisamente son inherentes a la empresa los riesgos que, en otro caso habrían de reputarse imprevisibles respecto de ella y de consecuencia, liberatorios en todo o en parte y, junto a tal libertad, el supuesto de alteración necesaria del contenido de la prestación, con carácter circunstancial, a los fines de evitar daños a la empresa misma originados por causas súbitas e imprevistas (*ius variandi excepcional*). Mas, en todo caso y desde la consideración de los efectos contractuales de la aplicación del *ius variandi*, este produce, como observa HERNÁIZ, una auténtica pugna entre el derecho del trabajador a que no se altere su normal actividad y la potestad jerárquica de la empresa, que, bien por necesidades imperiosas o ya por conveniencias destacadas, trata de modificarla» (263).

Si en un orden jurídico institucional de la Empresa, el *ius variandi* viene explicado por los poderes inherentes a la misma, en tanto que prepondere el ligamen contractual entre aquella y sus trabajadores, el derecho a variar las condiciones de la prestación reviste inequívocos caracte-

(262) PÉREZ BOTJA. *Curso*, pág. 161. También en el *Manual* en colaboración con BAYON, v. II, pág. 352.

(263) HERNÁIZ, *Tratado elemental de Derecho del Trabajo*, Madrid, 7.ª ed., pág. 299.

res de novación al menos cuando es ejercido al amparo del régimen de «traslados forzosos» que algunas Reglamentaciones regulan. Ahora bien, tanto estos cambios como los provenientes de causas emergentes, en la medida que pueden ser realizados por las Empresas con relativo arbitrio, suponen el otorgamiento a las mismas de cierta dosis de poder para evitar o rectificar en lo posible riesgos impositivos del normal desarrollo de la prestación laboral.

a) *El «ius variandi» como arbitrio para rectificar efectos de riesgos circunstanciales*

En este orden de ideas habrá de situarse el ejercicio del *ius variandi* tenido por excepcional o forzoso recogido por la hipótesis del art. 64 de la Ley de Contrato de Trabajo, impuesto, como aprecia HERNÁNIZ, por un verdadero estado de necesidad (264). Según determina este precepto, «pasajeramente y por necesidad urgente de prevenir grandes males inminentes o de remediar accidentes sufridos, deberá el trabajador prestar mayor trabajo u otro del acordado, a condición de indemnizarle, de acuerdo con las disposiciones legales». La prevención del riesgo, diversificable no sólo respecto de la reparación de accidentes sufridos a que explícitamente alude el texto, sino que también de aquellos casos que sin revestir el carácter de *vis maior*, de no ser evitados gravarían con exceso las posteriores prestaciones empresariales debidas a los trabajadores, permite valorar la disposición en examen como garantizadora de la evitación de consecuencias dañosas para la empresa derivadas de la circunstancia sobrevinida y no prevista. En este sentido, la Resolución de la Dirección General de Trabajo de 13 de diciembre de 1946, citada por PÉREZ BOTIJA al estudiar el art. 64 (265) estableció el criterio, doblemente interesante por atender además al aspecto salarial del trabajo extraordinario, de que en los casos en que se tenga que trabajar de noche por falta de energía eléctrica durante el día, y se adopte esta medida, no por voluntad de la empresa, sino como consecuencia de órdenes dictadas por la autoridad competente, se carecerá de derecho al percibo de los incrementos (266) marcados en las correspondientes Ordenanzas laborales.

La prevención pues de riesgos imprevisibles de carácter circunstancial es atribuible a la empresa y, respecto del contenido del contrato produce como efectos:

(264) HERNÁNIZ, op. cit., pág. 300.

(265) *El Contrato...*, pág. 181.

(266) Refiérese a bonificaciones por trabajo nocturno.

—Cambio en la prestación del trabajador, y

—en cuanto a la contraprestación salarial; alternativamente, según criterio respecto de cada caso:

- a) Cambio circunstancial de la remuneración, o
- b) Mantenimiento de la pactada o reglamentaria.

b) *El «ius variandi» en cuanto al lugar de la prestación*

Otra posibilidad —la primera en magnitud— de ejercicio del derecho de variar el contrato en orden al trabajo o circunstancias que concurran en su prestación hace referencia al cambio de puesto de trabajo en dos variantes fundamentales; cambio dentro del lugar en donde habitualmente se realiza la prestación, o cambio que implique «traslado» que, a su vez puede llevar consigo la imperiosidad del cambio de domicilio del trabajador.

El fundamento legal de estas variaciones parece traer su causa del artículo 64, párrafo primero, de la Ley de Contrato de Trabajo (267), y encuentra desarrollo más concreto en las diversas Reglamentaciones de Trabajo.

Por lo que se refiere a cambios de trabajo sin que afecten al necesario cambio de domicilio del trabajador, puede preverse la realización necesaria de trabajos de categoría superior o inferior a la que el trabajador ostente en supuestos muy cercanos a los aludidos en la consideración que anteriormente hacemos sobre la rectificación de riesgos circunstanciales (268).

Los cambios de actividad o, más exactamente, los cambios de trabajo en cuanto al lugar de la prestación, que impliquen necesario cambio de domicilio habitual del trabajador, vienen previstos en bastan-

(267) «El trabajador prestará la clase y extensión de trabajo que marquen las Leyes, la Reglamentación del trabajo, el contrato y, en su defecto, los usos y costumbres» (art. 64, par. primero LCT).

(268) La Reglamentación de trabajo de Factorías bacaladeras (O. M. de 24 de febrero de 1959) determina —art. 36— que todos los productores, en caso de necesidad perentoria, podrán ser destinados a trabajos de categoría superior. El art. 37 preceptúa que quedan también exceptuados [de mantener el salario superior] todos aquellos en que las variaciones de destino sean motivadas por causa de fuerza mayor, no imputables a la empresa, como incendio, falta de energía o similares, sin conveniencia ni beneficio para la factoría..., viniendo obligadas las empresas a dar cuenta a la Delegación provincial de Trabajo de los cambios de destino efectuados, la que resolverá lo que proceda.

tes Reglamentaciones y tratados bajo la rúbrica de «traslados»; estos en cuanto «forzosos», inimpugnables por quien ha de sufrirlos, sólo son normalmente posibles en la medida que circunstancias de excepción arriesgando el normal funcionamiento de la empresa, los hagan necesarios. Unas veces su posibilidad viene impuesta de concurrir circunstancias constitutivas de fuerza mayor amenazante de la empresa (269), otras, en fin, por mediar circunstancias no provocadas ni previstas por ella que, efectivamente acaecidas sin embargo perturban su normal desarrollo, v. gr., el traslado forzoso impuesto por «manifiesta incompatibilidad con el público o los compañeros» (270).

c) *Constatación del riesgo y verificación jurídica de su evitación*

Todos los supuestos precedentemente considerados revelan junto con la articulación positiva del riesgo, la atribución del juego técnico del mismo a la potestad empresarial, cumpliéndose de esta suerte, una vez más la tendencia al respecto imperante en nuestro ordenamiento laboral (271).

2. Las «crisis» de empresa determinadas por supuestos de riesgo imprevisible

El profesor ALONSO OLEA, analizando las causas sexta y séptima que reseña el artículo 76 de la Ley de Contrato de Trabajo como determinantes de terminación del contrato, en conexión con el contenido del Decreto de 26 de enero de 1944, regulador de los denominados «despidos por crisis», concluye estimando que, nuestro derecho, a todos los efectos realmente sustanciales, conoce un solo tipo —y no dos— de despidos colectivos por causa de fuerza mayor, y que éstos no son otros sino los necesitados de la autorización administrativa previa regulados por el Decreto aludido (272). La conclusión es correcta y esclarecedora. Partiendo de que tanto los supuestos de fuerza mayor aludidos por la causa sexta

(269) La Ley de condiciones de trabajo de la marina mercante prevé los transbordos forzados por exigencias del servicio (art. 12), y similarmente, la citada Reglamentación de factorías bacaladeras (art. 33). La Reglamentación de la Industria papelera regula el traslado forzoso, sin posible opción, si bien la empresa queda obligada a facilitar vivienda y abonar diferencia de alquiler; los trabajadores a destajo o con primas no podrán ser trasladados a otros trabajos «aun cuando medie fuerza mayor» (art. 30).

(270) Reglamentación de trabajo en la Telefónica.

(271) Vid. supra, VI, 2, C).

(272) ALONSO OLEA, *El despido...*, pág. 61.

del art. 76 como las situaciones de crisis provocadoras de «cesación de industria, comercio, profesión o servicio» alcanza en sus consecuencias a la existencia misma de la empresa ha de concluirse:

—que ambos casos impiden la continuación del trabajo, y

—que, por lo mismo, afectan a una pluralidad —probablemente a la totalidad— de trabajadores de la empresa.

Ahora bien, el art. 80 de la citada Ley determina que el contrato de trabajo podrá ser suspendido temporalmente por causa no prevista ni imputable al empresario cuando existan motivos fundados, a juicio de la Delegación de Trabajo o de la Dirección General de Trabajo, según se trate de industria provincial o nacional (273). Obviamente ha de admitirse que las causas de suspensión *ni previstas ni imputables* al empresario serán las aludidas en el artículo 76 —fuerza mayor y crisis— cuando su entidad permita evitar el desenlace mediante la solución jurídica límite prevista tanto por este artículo como por el Decreto de crisis, esto es, extinguiendo los contratos de trabajo afectados. Con más, el Decreto que venimos citando juega, precisamente, para los casos en que una empresa pretenda «suspender o cesar en sus actividades» (274); de hecho y usualmente, la pretensión empresaria, ante dificultades en su normal desenvolvimiento, pretenderá por lógica previsión, obtener la terminación de las relaciones de trabajo, pero lo cierto es que la gradación del remedio frente a la causa impeditiva es manejada por la Administración laboral.

Todavía marca nuestra legislación un tercer camino intermedio respecto de los anteriores para neutralizar los efectos negativos de situaciones sobrevenidas: la posibilidad de modificar, por cualquier concepto, las condiciones en que se desenvuelvan las relaciones laborales entre los elementos de la producción, tales como reducciones de plantilla, jornada de trabajo, establecimiento de turnos o cualquier otra que implique alguna variación en el contrato de trabajo existente (275). El ejercicio de esta facultad corresponde, por supuesto a la empresa, y su verificación efectiva, a la Administración laboral.

Parece que todos estos arbitrios aliviadores de la excesiva onerosidad que pueda gravar a la empresa son referibles a supuestos de fuerza mayor portadores de circunstancias rigurosamente impeditivas de la total

(273) Téngase en cuenta el Decreto de 12 de diciembre de 1958, sobre desconcentración y transferencia de funciones.

(274) Art. 1.

(275) Decreto de 26 de enero de 1944, art. 2.

o parcial actividad empresarial: así —al menos en la remisión a la rúbrica de la fuerza mayor— lo viene dando a entender la doctrina. Ahora bien, o el concepto de fuerza mayor es, entonces, distorsionado más de lo teóricamente tolerable, o en aras de una mayor precisión científica habrá de que admitir la existencia de figura del riesgo imprevisible. Y si ciertamente la distinción pudiera parecer harto sutil a primera vista, no lo será tanto si consideramos que entre fuerza mayor y riesgo media la misma distancia que entre la imposibilidad virtual de cumplimiento y la *difficultas prestandi* o, en síntesis, posibilidad de prestación efectiva comportadora de daño excedente a la normal onerosidad de la prestación misma.

Con todo, la jurisprudencia administrativa, al resolver expedientes de «crisis» ha ponderado situaciones tangentes a la *vis maior* que, en rigor, dibujan la recepción de los principios del riesgo; así, la transformación de industria, las restricciones en el suministro de primeras materias, la carencia de medios económicos, etc., son circunstancias sobrevenidas que, según su intensidad y persistencia han justificado, a juicio de la Administración, la suspensión, modificación o extinción del contrato de trabajo. Una importante resolución del Ministro de Trabajo, resolviendo un recurso extraordinario de revisión en materia de crisis (276) ha sentado últimamente doctrina saludable que a la vez que realiza principios de seguridad jurídica consagra los elementos justificativos de la teoría del riesgo al declarar la existencia de crisis «sin que tenga que ser presupuesto necesario para la apreciación de una situación de crisis el abocar a la Empresa a contingencias difíciles o de quiebra reconocida», criterio éste sobremanera importante toda vez que exonera no ya ante supuestos de fuerza mayor, ni tampoco de gravamen ya sufrido, siquiera dificultosamente conllevable, sino a la vista de meros y racionales indicios anunciadores de «contingencias difíciles» para la Empresa.

3. Circunstancial consideración de las quiebras como supuestos de «crisis»

Parece imperar criterio generalmente adverso al considerar la situación de quiebra como constitutiva de crisis económica a efectos laborales; aun la misma doctrina laboral discute el punto (277) pero la cuestión sólo lo será en la medida que de la crisis, sin más, se predique la ex-

(276) Resolución 12 de junio de 1958.

(277) Vid. PÉREZ BOTIJA, *El Contrato...*, pág. 236. M. PIDAL, *El despido de los trabajadores en los casos de quiebra*, en *Rev. Dcho. Privado*, 1934, págs. 618 y ss.

tinción de las relaciones laborales afectadas. Al menos, como advierte MENÉNDEZ PIDAL, la consideración de la quiebra como causa de fuerza mayor, con eficacia extintiva, habrá de diferirse, por lo menos, a la calificación que de la misma formule la jurisdicción ordinaria, habida cuenta de que puede ser culpable, fraudulenta o fortuita, y aun a lo sumo ésta podría ser estimada como causa de fuerza mayor, siempre además que impida la continuación del trabajo en su totalidad (278).

Ahora bien, lo anterior no obsta a considerar si ciertas situaciones de quiebra no son impeditivas de la continuación temporal del contrato; la jurisprudencia laboral ofrece pronunciamientos rigurosos al mantener que la declaración de quiebra no crea imposibilidad de ejecución del contrato de trabajo (279). Con todo la inalterabilidad del contenido de las relaciones del quebrado con sus trabajadores, o de la Sindicatura si aquel no fué autorizado por los acreedores a seguir regentando la explotación, no parece ser la actitud beneficiosa, no sólo ya frente a los titulares de créditos a realizar, sino en relación con los trabajadores mismos cuya efectiva y normal permanencia en la empresa hállase en peligro. De aquí que las situaciones de quiebra puedan ser constitutivas de estados de irregularidad laboral, salvables, en ocasiones por el arbitrio de la suspensión temporal de los efectos del contrato, al amparo del art. 80 de la Ley de Contrato de Trabajo, como del Decreto de 26 de enero de 1944. En este último sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene aceptando la tesis de la suspensión (280).

(278) MENÉNDEZ PIDAL, loc. cit.

(279) Tribunal Supremo, Sentencia 28 de mayo de 1954.

(280) Sentencia de 4 de junio de 1954. En esta resolución se declara que el «despido» de un centenar de trabajadores por orden judicial, al ser ordenado el «cierre» de la explotación, no produce la extinción de los contratos de trabajo, sino la suspensión.

