

La viabilidad jurídica de la readmisión del trabajador ilícitamente despedido^()*

Juan Gorelli Hernández

Abogado. Doctor en Derecho y Profesor TEU del Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Sevilla.

I. INTRODUCCIÓN.

El objetivo de este trabajo pretende indagar en una de las más comunes afirmaciones dentro del Derecho del Trabajo: la frecuente negativa a aceptar que la readmisión del trabajador pueda ser impuesta al empresario, aun incluso cuando el dependiente ha sufrido un despido en contra de lo establecido por el ordenamiento laboral, bien por no respetarse los requisitos formales, o por no haber utilizado el empleador una justa causa de extinción del contrato de trabajo.

En los casos antes descritos la regla común es la de facilitar al empresario la facultad de optar, bien entre readmitir al trabajador, o bien dar por extinguida la relación laboral a cambio de una indemnización; pero, salvo contadas excepciones no existe la readmisión obligatoria como obligación que pueda imponerse al empresario⁽¹⁾. Puede afirmarse, pues, que en esta materia hay una preferencia por las soluciones de carácter patrimonial o indemnizatorio, sobre la readmisión del trabajador en su puesto de trabajo y con las mismas condiciones que disfrutaba antes del despido. Esa preferencia por la solución patrimonial se articula en torno a ese «derecho de opción» que disfruta el empresario; lo cual nos lleva a una interesante paradoja: la continuidad del contrato de trabajo; es decir, la

readmisión, queda en manos del sujeto que ha incumplido dicho contrato, el empresario.

Con este trabajo pretendemos reflexionar en torno a cuáles son las razones para negar que sea posible la consecución de la readmisión, y comprobar si dichas argumentaciones son acertadas, o, por contra, pueden ser superadas en beneficio del trabajador y del cumplimiento de su interés de reincorporarse a su puesto de trabajo, interés cada día más relevante si se tienen en cuenta las elevadas tasas de paro existentes tanto en mi país como en Perú. Por otra parte, nuestro propósito es intentar realizar este estudio sin basarnos excesivamente en la referencia al ordenamiento laboral español, desconocido para el lector peruano, aunque a veces no quede más remedio que acudir a él.

II. PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.

Es importante resaltar que la primera línea de análisis en esta materia debe ser la constitucional; ahora bien, nos encontramos con el problema de que el ordenamiento constitucional español no contiene ninguna regulación expresa sobre el despido ni sobre sus efectos cuando no se respetan las reglas formales o causales. Este análisis puede realizarse desde dos puntos de vista diferentes: bien sosteniendo que la

(*) Agradecemos al doctor Javier Neves Mujica, quien nos brindó el presente artículo.

(1) Así, en el ordenamiento español, recientemente modificado, es factible la readmisión en los casos de despidos nulos por motivos discriminatorios o que atentan contra un derecho fundamental de los regulados en la Constitución, los despidos objetivos nulos (por falta de requisitos formales), el despido objetivo fraudulento (por encubrir un despido colectivo), el despido colectivo nulo (por falta de autorización administrativa), y el despido disciplinario improcedente (bien por falta de causa o de requisitos formales) de los representantes de los trabajadores, caso en el que se concede al trabajador el derecho de optar entre readmitir o extinguir el contrato a cambio de una indemnización.

readmisión del trabajador es expresión del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución española); o bien, entender que el derecho a la readmisión es una expresión del derecho al trabajo⁽²⁾. En mi país se ha intentado básicamente la primera de las direcciones, uniendo el derecho a la readmisión al derecho a la ejecución específica de las sentencias; se acudió así al plano procesal, más concretamente a uno de los elementos integrantes del derecho a la tutela judicial efectiva, a la ejecución específica. Esta postura no es en sí misma equivocada, pero desde nuestro punto de vista nos encontramos ante un erróneo enfoque del problema, pues la ejecución tiene ante todo un papel instrumental y está sujeta a lo que disponga la regulación sustantiva. Desde este punto de vista, es evidente que no habría vicio de constitucionalidad, por atender contra el derecho a la tutela judicial efectiva en su acepción ejecutiva, si la norma sustantiva es la que impone una solución distinta a la readmisión obligatoria del trabajador, tal como ocurre en la mayoría de los despidos ilícitos en mi país, en que la readmisión es sustituida por la extinción indemnizada del contrato de trabajo. Además, ha de subrayarse el fracaso de esta posición, que fue rechazada por el Tribunal Constitucional que ha venido manifestando cómo es perfectamente constitucional un sistema ejecutivo en el que no se proporcione una satisfacción *in natura*, sino simplemente una sustitución de carácter patrimonial⁽³⁾.

Me parece mucho más oportuno seguir la otra vía abierta por la Constitución e intentar ubicar el derecho a la readmisión dentro del derecho al trabajo, concretamente regulado por el artículo 35. Ahora bien, esta norma presenta un grave problema: que su redacción no menciona para nada un derecho a la readmisión⁽⁴⁾. Ante esta situación es necesario analizar

su contenido más allá de la simple literalidad.

Desde el punto de vista del contenido del derecho al trabajo estamos ante una norma de contenido heterogéneo y complejo, pues el artículo 35 menciona el derecho al trabajo y el deber de trabajar, el derecho a la promoción a través del trabajo, a la libre elección de profesión u oficio y a un salario suficiente. Pues bien, junto a este contenido literal entendemos que existen otros dos contenidos diferentes íntimamente ligados con el problema que estamos analizando⁽⁵⁾: de un lado está la pretensión de que la administración realice una política dirigida a la plena ocupación o pleno empleo, gestionando unos servicios públicos de colocación, y difundiendo una efectiva formación ocupacional y profesional; se trata, por tanto, de una perspectiva netamente pública del derecho al trabajo y que en todo caso se podrá hacer valer (dependiendo de su eficacia jurídica), frente a los poderes públicos, pero no frente al empresario. Junto a esta primera acepción tenemos otra de carácter privado, que afecta a los intereses individuales y no a los colectivos, y que, por tanto, se podrá hacer valer frente al empresario. Nos referimos al derecho que tiene el trabajador a desarrollar la prestación de trabajo una vez que ha sido contratado, es el derecho a la ocupación efectiva⁽⁶⁾ y que en líneas generales y sin entrar en un desarrollo de la misma, podemos afirmar que consiste en el derecho del trabajador al desarrollo de una prestación laboral de manera «ordinaria». Pues bien, dentro de esa relación «ordinaria» está el derecho del trabajador a no ver extinguido su contrato de trabajo, sin justa causa y ello pese a que nada diga expresamente la Constitución.

¿Dónde encaja aquí la readmisión? Entendemos que la readmisión es el elemento de cierre de la causalidad del despido: sólo podrá mantenerse la efica-

(2) El Tribunal Constitucional Español señala que el derecho a la tutela judicial efectiva no se agota con el libre acceso a los tribunales de justicia, manifestando y defendiendo las pretensiones jurídicas en igualdad con la contraparte y con libertad de aportar todas las pruebas procesalmente oportunas; también es necesario que el Juez dicte resolución de fondo fundada en derecho, sea favorable o no, pero, además, que esa resolución o fallo se cumpla. Así las sentencias del Tribunal Constitucional 16/1991, 120/1991 ó 233.

(3) Así, las sentencias del Tribunal Constitucional 58/1983 y 69/1983.

(4) Puede comprobarse cómo la versión española del derecho al trabajo tiene un carácter complejo y una redacción clásica del mismo, pues se incluye el derecho a la libre elección de profesión u oficio, la promoción a través del trabajo, etc; incluso puede hablarse de un derecho-deber al trabajo, pues también se menciona expresamente el deber de trabajar, lo que no deja de ser una expresión retórica.

(5) La existencia de dos acepciones o contenidos diferentes dentro del derecho al trabajo ha sido reconocido por la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en concreto en un *obiter dicta* a la sentencia del Tribunal Constitucional 22/1981. En el mismo sentido de distinguir esos dos contenidos, GONZÁLEZ VELASCO, J. «El control de los decretos legislativos, el despido y el derecho al puesto de trabajo». En: AA.VV. Jornadas sobre Derecho del Trabajo y Constitución. IELSS, Madrid, 1985.

(6) Sobre el tema puede verse la obra de GUANCHE MARRERO, A. El derecho del trabajador a la ocupación efectiva. Civitas, Madrid, 1994.

cia de un sistema causal de extinción si ante la falta de causa los efectos del despido no son los de readmitir. Si el despido es una institución causal no puede consentirse que una extinción sin causa se solvete tan sólo con una indemnización. El problema reside en cómo se ha interpretado tradicionalmente la causalidad del despido: generalmente se ha sobreentendido que a pesar de la causalidad del despido no hay obligación de readmitir. Lo anterior significa que se ha desplazado el principio de causalidad del acto extintivo a la indemnización; es decir, no se entiende que la justa causa sea necesaria para despedir al trabajador, sino para evitar que se tengan que pagar indemnizaciones.

La conclusión es clara: que la readmisión forme parte del derecho al trabajo depende directamente del sistema de causalidad que se adopte por el ordenamiento, bien de causalidad del despido⁽⁷⁾ o bien de causalidad de la indemnización⁽⁸⁾. En realidad ambas situaciones pueden tener acogida dentro de la regulación constitucional, siendo la más clara prueba de ello el hecho de que en la actual regulación española, pese a que impera la estabilidad obligatoria, existen supuestos en los que la readmisión no es obligatoria.

III. LA NEGATIVA A ACEPTAR LA READMISIÓN OBLIGATORIA: ARGUMENTOS TEÓRICOS.

La defensa de la imposibilidad de la readmisión del trabajador ha girado en torno a todo un conjunto de elementos que difícilmente pueden resumirse en un

único argumento, sino que estamos ante un conjunto heterogéneo y complejo de razones. Para empezar esta concepción que sostiene que la actividad de ejecución en sus propios términos tan sólo es posible en aquellos supuestos en los que la conducta del obligado (en este caso el empresario) es fungible y puede ser sustituida por la actividad de un tercero. Es comúnmente aceptado que la readmisión se trata de una obligación de hacer infungible y que por lo tanto tan sólo admite la sustitución patrimonial y nunca es posible que se imponga al empresario, que no puede ser sustituido en sus facultades directas sobre la relación laboral⁽⁹⁾.

Como principal argumento para sostener la infungibilidad se sostiene que en la relación laboral estamos ante una obligación personalísima, un auténtico *intuitu personae*; es decir, una obligación en la que la persona del deudor resulta tan determinante que no es posible su sustitución por un tercero, configurándose como un elemento esencial del contrato⁽¹⁰⁾. Por otra parte, la obligación personalísima requiere un alto grado de mutua confianza, por lo que se señala que es imposible la reactivación de un contrato de estas características cuando dicha confianza ya se ha perdido⁽¹¹⁾. En definitiva, hay una absoluta dependencia entre el cumplimiento de la readmisión y la voluntad del obligado, el empresario, que recordemos, en estos casos no es más que un incumplidor de las obligaciones laborales al haber procedido a un despido ilícito.

Junto con las anteriores afirmaciones ha de tenerse en cuenta un último argumento: hay una gene-

(7) Estaríamos ante lo que se ha conocido tradicionalmente como sistema de estabilidad real, el cual es definido por De Luca: «La estabilidad real del contrato de trabajo postula, sobre el plano sustancial, que el poder de despedir esté subordinado a la presencia de supuestos de hecho justificadores predeterminados y, sobre el plano procesal, que sea confiado al juez el control de tales supuesto de hecho y, en caso de demostrada inexistencia, que se prevean instrumentos procesales idóneos para asegurar la efectiva reintegración en el puesto de trabajo». DE LUCA. «Tutela reale contro y licenziamenti: profili problematici e prospettive di evoluzione». En: Rivista Italiana di Diritto del Lavoro. 1983, pág. 71.

(8) Estaríamos en este caso ante un sistema de estabilidad simplemente obligatoria, del que ha de recordarse como «entre un sistema que no exija justificación para el despido (...) y un sistema que, aún exigiendo justificación, admite en último término la ruptura de la relación laboral mediante una indemnización, no hay una diferencia de fondo. En último término es el empresario quien puede libremente despedir al trabajador, aunque tenga que pagar por ello. En definitiva, en ambos sistemas, se protege la libertad del empresario...». RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. «Regulación del despido, protección de la estabilidad y políticas de empleo en los países de la CEE y España». En: AA.VV. Hacia un modelo democrático de relaciones laborales. Zaragoza, 1980, págs. 323-324.

(9) En este sentido Garofalo. «...ciertamente se trata de un hacer infungible, y como tal no sometible a la ejecución en forma específica». GAROFALO, G. «Contributo all'esegesi dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori». En: Rivista di Diritto e Procedure Civile. 1979, pág. 578.

(10) En este sentido pueden verse los comentarios de Arda, G. «El contrato de trabajo debe clasificarse entre los contratos caracterizados por el *intuitu personae*, en los que, a diferencia de los contratos llamados impersonales, la persona de uno de los dos contratantes (y a veces de los dos contratantes), es elemento esencial». ARDAU, G. La risoluzione por inadempimento del contratto di lavoro. Giuffrè, Milán, 1954, pág. 177.

(11) Alonso Olea, M. «el contrato de trabajo es un negocio jurídico que implica un tan íntimo y estrecho contacto entre las partes, que una ejecución sin descansar sobre la mutua confianza y completa la buena fe de ambas es imposible». ALONSO OLEA. El despido. IEP, Madrid, 1958, pág. 185.

ral estimación de que en las obligaciones en las que hay en juego la conducta de un obligado no es posible la comprensión de la esfera de autonomía del deudor⁽¹²⁾. Se defiende así la inderogable libertad del individuo que no puede verse obligado a actuar en contra de su voluntad. Es el principio de incoercibilidad de las obligaciones de hacer y no hacer, que se encuentra recogido con carácter general por el ordenamiento jurídico español en el artículo 1098 del Código Civil, a tenor del cual basta con no cumplir la obligación «personalísima» para entender que el deudor opta por la indemnización de daños y perjuicios.

“Entendemos, por tanto, que afirmar que la readmisión es una obligación de hacer infungible es un automatismo excesivo y una simplificación de una obligación que es enormemente compleja”

IV. LA FUNGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN DE READMITIR.

Pasamos ahora a analizar la corrección de los argumentos antes expuestos, comenzando, en primer lugar, por la afirmación a tenor de la cual se considera a la readmisión como una obligación de hacer infungible, es decir, en la que no puede sustituirse la actuación del empresario. Esta afirmación presenta, desde nuestro

punto de vista dos errores.

El primero hace referencia a la naturaleza obligacional de la readmisión: se nos ha dicho tradicionalmente que se trata de una obligación de hacer. Nada más lejos de la realidad, la readmisión es una obligación compleja y no una obligación simple, compuesta por todo un conjunto diferente de prestaciones de dar, hacer y no hacer. Debemos romper con esa idea de que estamos ante una (simple) obligación de hacer⁽¹³⁾, pues en realidad el comportamiento debido por el empresario al readmitir coincide con la actuación que debe tener todo empresario respecto de cualquiera de sus trabajadores en el desarrollo de una normal prestación de trabajo: «consiste, de hecho, en el restablecimiento (...) de la fisiología del contrato de trabajo y, así, es complejo como lo es éste»⁽¹⁴⁾. Hemos de tener en cuenta que asumir que estamos ante una obligación compleja nos condiciona absolutamente para lograr su cumplimiento: sólo es posible satisfacer una obligación compleja cuando se satisfacen todas las prestaciones que la componen⁽¹⁵⁾.

En definitiva, la readmisión es una obligación compuesta por todo un conjunto de prestaciones, algunas de hacer, pero otras de naturaleza muy diferente. Así, tenemos obligaciones instrumentales⁽¹⁶⁾; es decir, aquéllas dirigidas a facilitar el reingreso del trabajador, tales como inscribirle en el número de matrícula de la empresa, facilitarle los pases de entrada o la documentación para «fichar» al ingreso o salida del trabajo, etc. Todas éstas son obligaciones de hacer y claramente fungibles.

Junto a éstas de carácter simplemente instrumental tenemos otro conjunto de prestaciones de carácter continuativo y salarial, pues la readmisión no sólo se satisface con el acceso a la empresa, debe ser reintegrado en la organización empresarial como trabajador, como elemento productivo que es «utilizado» por el empresario, viendo también satisfechas sus ex-

(12) En similares términos MAZZAMUTO, S. L'attuazione degli obblighi di far. Jovene, Nápoles, 1978, pág. 12.

(13) En este sentido puede verse a la doctrina laboral italiana, que desde hace ya bastante tiempo viene manifestando esta concepción; así, GHERA, E. «Le tecniche di tutela: statuto dei lavoratori e innovazioni legislative». En: Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali No. 52. 1991; BALLESTRERO, G. I licenziamenti. Milán, 1975; FERRONI, L. Obblighi di fare ed eseguibilità. Pubblicazioni della Scuola di Perfezionamento in Diritto Civile dell'Università di Camerino, 1983.

(14) GAROFALO, G. «Lo statuto dei lavoratori». En: Commentario diretto da G. Giugni. Giuffrè, Milán, 1979, pág. 261.

(15) Recordemos al respecto la afirmación de Espín Canovas, D. «la obligación puede ser simple o compleja, desde el punto de vista de la prestación, según que comprenda una sola prestación o varias, pero unidas de tal suerte por razón del propio vínculo obligatorio, que sólo con el cumplimiento de todas se cumple la obligación». ESPÍN CANOVAS, D. Manual de Derecho Civil Español. Volumen III, Edersa, Madrid, 1974, pág. 84.

(16) D'Antona, habla de una «fase instrumental de la readmisión que se resuelve en el conjunto de procedimientos necesarios para realizar la adecuación de la estructura empresarial al hecho del nuevo ingreso del trabajador despedido». D'ANTONA, D. La reintegrazione nel posto di lavoro. Cedam, Padua, 1979, pág. 192.

pectativas profesionales, sino también la readmisión se satisface con la retribución por el trabajo. Hay por tanto diferentes prestaciones: las puramente económicas o salariales, que son de dar y de carácter fungible; pero también hay un conjunto de prestaciones que se basan en la cooperación del empresario, tales como permitir el acceso al puesto de trabajo, obligación negativa consistente en tolerar el acceso y de carácter fungible; pero también hay prestaciones dirigidas a facilitar al trabajador la reintegración o reposición en su puesto de trabajo, no sólo en sentido físico, sino como conjunto de derechos y obligaciones laborales. Es aquí donde se plantea el principal problema interpretativo, pues estamos ante una actuación empresarial consistente en las órdenes y directrices necesarias para que el trabajador pueda realizar su prestación laboral; es decir, el ejercicio del poder de dirección por parte del empresario, siendo evidentemente el aspecto más importante para una efectiva readmisión del trabajador. Este comportamiento se ha considerado como un hacer infungible por depender exclusivamente de la voluntad del empresario⁽¹⁷⁾.

Por último, están las prestaciones de cooperar y tolerar las actividades de representación cuando el trabajador readmitido es un representante de los trabajadores, que se expresan como prestaciones de tolerar y por tanto fungibles.

Entendemos, por tanto, que afirmar que la readmisión es una obligación de hacer infungible es un automatismo excesivo y una simplificación de una obligación que es enormemente compleja.

El segundo de los elementos criticables en la afirmación de que estamos ante una obligación de hacer infungible es precisamente el carácter de infungibilidad con que se conoce a esta obligación. Tal como hemos visto hay todo un conjunto de prestacio-

nes, de dar, hacer o no hacer, que componen la readmisión que sí son fungibles. El principal problema lo tenemos con el ejercicio por parte del empresario de las facultades directivas que sólo a él le corresponden, que tal como hemos visto parece tratarse de prestación de hacer de carácter infungible al no poderse sustituir al único sujeto, el empresario, que puede hacer uso de esas facultades⁽¹⁸⁾. Sobre el tema podemos decir que hay un excesivo automatismo en la aplicación de la infungibilidad, como si fuese un componente innato y propio de las obligaciones de hacer⁽¹⁹⁾. En general, y siguiendo a Taruffo, puede afirmarse que en materia de readmisión se ha utilizado esa generalidad para eludir la cuestión, más que para resolverla⁽²⁰⁾.

Desde la perspectiva de la fungibilidad de la readmisión se ha sostenido que realmente sólo estamos ante una procedencia estrictamente jurídica, pero no natural. Es decir, no se trata de una obligación *per se* infungible, sino que lo es por mandato del legislador, bien porque disponga expresamente tal carácter, bien (lo que ocurre en este caso) que lo disponga por omisión, al no regular los mecanismos procesales oportunos de sustitución del empresario⁽²¹⁾. Además, podemos afirmar que el origen estrictamente jurídico de la infungibilidad de la readmisión reside en posiciones ideológicas y económicas muy concretas: es un producto de la ideología liberal y de un valor político muy concreto, obviamente conservador, ligado con el capitalismo inicial. Desde este punto de vista, la infungibilidad beneficia a aquéllos que pueden sustituir el cumplimiento por una indemnización económica. Es evidente que visto así la no obligatoriedad de la readmisión no es más que un privilegio de determinado deudor: el empresario; que además no necesita de ningún apoyo normativo para lograr el exacto cumplimiento de las obligaciones laborales, pues cuenta con el

(17) En este sentido MAZZAMUTO, S. «L'esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare». En AA.VV. Trattato di Diritto Privato. Volumen XX. UTET, Turín, pág. 285.

(18) En realidad existe una opinión contraria a entender que estemos ante una obligación de hacer, sino que cierta doctrina ha entendido que estamos ante una obligación de no hacer, más concretamente de tolerar. En este sentido D'ANTONA. Op. cit., págs. 195-196; de igual forma GONZÁLEZ VELASCO, J. Op. cit.; y también JEANDIDIER, W. «L'esécution forcée des obligations contractuelles de faire». En: Revue Trimestrielle de Droit Civil. 1976, pág. 709.

(19) En esta dirección Pérez Del Río, T., que habla de la «calificación absolutamente acrítica y reiterada de la readmisión como obligación de hacer infungible». PÉREZ DEL RÍO, T. «Nulidad radical y readmisión en sus propios términos». En: AA.VV. VII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Sevilla, 1991, pág. 245. En similares términos, CARMONA RUANO, M. «La ejecución de la sentencia en juicio por despido». En: Revista del Foro Canario. No. 72.

(20) «Problemi in tema di esecutorietà della condanna alla reintegrazione del lavoratore». En: Rivista di Diritto e Procedure Civile. 1976, pág. 804.

(21) De esta opinión es la que podemos considerar mejor doctrina sobre el tema: TARUFFO, M. «Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione». En: Rivista Critica di Diritto Privato. 1987, pág. 656; D'ANTONA, M. Op. cit., pág. 178; y MAZZAMUTO, S. Op. cit., págs. 275-276.

ius vitae et necis sobre la relación laboral: las facultades disciplinarias y el despido. Es evidente que calificar las obligaciones laborales de infungibles sólo a él le beneficia, pues en caso de incumplimiento puede permitirse el lujo de seguir incumpliendo a cambio de una indemnización; por contra, el trabajador está avocado a cumplir estrictamente sus obligaciones, de lo contrario puede perder algo tan absolutamente necesario para su sustento y el de su familia como su puesto de trabajo.

Por otra parte, si hay algo que sostiene la teoría de que estamos ante una obligación infungible es considerar que la relación laboral es un *intuitio personae*, una relación de carácter personalísima. Ahora bien, hemos de plantearnos seriamente si el contrato de trabajo es, desde el punto de vista del trabajador, una relación *intuitio personae* ⁽²²⁾. ¿Es relevante la persona del empresario para el trabajador en el momento de contratar? Entendemos que la respuesta debe ser negativa, pues cuando el trabajador, contrata lo hace para sustentarse y sin tener como elemento relevante al empresario, a su persona o cualidades personales o profesionales (en todo caso puede ser cierto este carácter personalísimo en algunas relaciones laborales especiales, tales como directivos, deportistas profesionales o empleados del hogar). Un ejemplo de cómo la relación laboral no tiene tal carácter para el trabajador reside en la regulación de la sucesión o subrogación de empresas (casos de muerte del empresario pasando los herederos a ocupar su puesto, compra de la empresa por un tercero, arrendamientos de empresa, etc.); en estos casos, cuando hay cambio en la titularidad de la empresa, el contrato de trabajo no se extingue (artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores), lo que es absolutamente incompatible con la fungibilidad ⁽²³⁾.

Por otra parte, también entendemos rechazable la consideración de que el contrato de trabajo lleve implícito en sí una especial carga de fidelidad del trabajador respecto del empresario, lo que es característico de las obligaciones personalísimas, y que imposibilitaría la readmisión. Hoy día la normativa laboral (artículos 5 y 20.2 del Estatuto de los Trabajadores) sólo habla de una exigencia de buena fe y no de fidelidad, lo cual no es suficiente para sostener que estemos ante una

obligación personalísima, pues la buena fe es una exigencia común respecto de cualquier relación jurídica y de cualquier contrato, pues es un principio general del Derecho (artículo 7 del Código Civil). Tan sólo en determinadas relaciones laborales especiales la buena fe es un elemento esencial del contrato (personal directivo, que actúa como *alter ego* del empresario, o personas al servicio del hogar familiar, en las que se establece una auténtica relación de convivencia).

En conclusión, el carácter personalísimo de la relación laboral tan sólo existe desde la perspectiva empresarial, no desde la del trabajador; y en la práctica sólo funciona «como 'coartada' del empresario a fin de justificar el rechazo de toda imposición que provenga del exterior de la empresa, y que concierne a vínculos atinentes a la dirección del personal» ⁽²⁴⁾. Más aun, en la actualidad puede hablarse perfectamente de todo un proceso de despersonalización y descentralización de la empresa moderna que va directamente en contra de esa consideración como infungible de la readmisión. En este sentido se produce un amplio reparto de las facultades directivas del empresario entre diversos trabajadores que ocupan una posición intermedia y que realizan una tarea de organización y coordinación en la empresa, de manera que el empresario no es el único organizador de la relación laboral aunque, evidentemente, siga ocupando la cúspide de la estructura de la empresa; fenómeno que es más amplio en función de las mayores dimensiones de la empresa. En el mismo sentido destaca el fenómeno de las empresas, personas jurídicas, en las que el empresario aparece totalmente difuminado e incluso ignorado por el trabajador.

En definitiva, y para concluir, entendemos que la insustituibilidad de la persona del empresario no es un dogma indiscutible, al contrario, hemos puesto en cuestión las características tradicionales en las que la doctrina laboral se ha amparado para afirmar la infungibilidad de la readmisión.

V. LA COERCIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN DE READMISIÓN.

En la actualidad el centro en el que se basan los

(22) No tenemos nada que objetar al hecho de que así se considere desde el punto de vista del empresario, para el que es imprescindible la persona a la que contrata. Pero hemos de tener en cuenta que desde la circunstancia de la readmisión hay un sujeto incumplidor, el empresario, y es éste el que debe ser relevante o no para el trabajador.

(23) En este sentido se manifiesta Díez Picazo, L. «la obligación fungible no se extingue por la muerte del deudor mientras que la infungible sí». DIEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil patrimonial. Tecnos, Madrid, 1983, pág. 453.

(24) FREDIANI, F. «Nota sulla effettività della reintegra nel posto di lavoro». En: Rivista Giuridica del Lavoro, Volumen V, 1978, pág. 96.

estudios sobre la readmisión es sobre la coercibilidad de la misma. Durante largo tiempo se ha defendido que la readmisión constituía una obligación incoercible. Las bases de tal afirmación son fácilmente identificables: nos podemos remontar a la concepción iusnaturalista del Derecho que predominó durante el siglo pasado, y que pretendía romper con toda posibilidad de tutela coactiva al considerarse como un residuo de la sociedad feudal, digno, por tanto, de rechazo⁽²⁵⁾. Se proclama así la libertad como el bien supremo que no puede ser socavado, incluso bajo el pretexto del cumplimiento de obligaciones libremente contraídas. Es, por tanto, lógico que los mecanismos coactivos se consideren como repudiables dentro de este clima de iusnaturalismo exacerbado propio del estado liberal, anclado en la igualdad meramente formal de los ciudadanos.

“... que la readmisión forme parte del derecho al trabajo depende directamente del sistema de causalidad que se adopte por el ordenamiento, bien de causalidad del despido o bien de causalidad de la indemnización...”

Desde nuestro punto de vista esos condicionantes, propios de ideologías imperantes en otra época, pueden y deben ponerse en cuestión hoy día. En primer lugar, porque se ha pasado de un

sistema obligacional que pone su eje central en las obligaciones de dar, a un sistema en el que imperan las de hacer y no hacer. Es por eso que se requiere un nuevo sistema ejecutivo, que limite la regla general de la sustitución económica (ideal para las obligaciones de dar, sobre todo bienes económicamente evaluables) e impulse un sistema de cumplimiento *in natura* de las obligaciones (más lógico cuando se trata del cumplimiento de un hacer o no hacer). Por otra parte, si bien es cierto que la incoercibilidad fue un principio que en sus orígenes facilitó el derecho y la libertad de trabajar, (prácticamente desconocido durante siglos basados en un sistema productivo gremial), hoy día supone un importante obstáculo para el control efectivo de las facultades directivas del empresario. Puede afirmarse que el predominio de este principio en el ámbito del Derecho del Trabajo supone la «imposibilidad de garantizar al trabajador un régimen laboral equitativo sin reducir esa prerrogativa del empleador que deja al trabajador totalmente desarmado frente al mismo»⁽²⁶⁾.

Por otra parte debemos destacar la escasa efectividad que pueden ofrecer los sistemas ejecutivos indemnizatorios. Salvo casos excepcionales, el mecanismo resarcitorio es absolutamente inadecuado para satisfacer un interés (el del trabajador ilícitamente despedido) que es difícilmente cuantificable⁽²⁷⁾. En líneas generales puede afirmarse que el interés del titular de un derecho es el de que éste se satisfaga exactamente tal cual, y si el ordenamiento no regula mecanismos para lograrlo, la tutela judicial no es plenamente efectiva. La ejecución debe otorgar el exacto cumplimiento a lo que el deudor, en este caso el empresario, se ha obligado y todo lo que difiera de ello produce, a la fuerza, insatisfacción⁽²⁸⁾, y paradójicamente, esta situación tan sólo beneficia al incumplidor, que tiene así una especie de privilegio. En definitiva, no puede sustentarse en la libertad y el libre desarrollo de la voluntad personal una especie de privilegio de incumplir, que beneficia a

(25) «La canonización en la cultura iusnaturalista francesa, del principio *nemo ad factum praecise cogi potest* constituye de hecho un reflejo del secular proceso de disolución de la sociedad feudal y de la consecuente afirmación, también en las relaciones privadas, de los valores de autonomía, libertad e igualdad, que serán después sancionados por la revolución y analíticamente codificados en la legislación napoleónica». CHIARLONI, S. *Misure coercitive e tutela dei diritti*. Giuffré, Milán, 1980, pág. 54.

(26) RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. «La regulación de los despidos disciplinarios: despido causal y readmisión obligatoria en el marco legislativo europeo». En: A.A.V.V. *Hacia un modelo democrático de relaciones laborales*. Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1980, pág. 219.

(27) En este sentido GHERA, E. «Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato». En: A.A.V.V. *Le sanzioni nella tutela del lavoro subordinato*. Atti del VI Congresso Nazionale di Diritto del Lavoro. Giuffré, Milán, 1974, pág. 22. En el mismo sentido, TARUFFO, M. «Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione». En: *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1987, pág. 653; PROTO PISANI, A. *Appunti sulla giustizia civile*. Cacucci, Bari, 1982, pág. 169; CAPILLA RONCERO, F. *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento del derecho de crédito*. Fundación Universitaria de Jerez, Jerez, pág. 17.

(28) En este sentido: TAPIA FERNÁNDEZ, Y. *Las condenas no pecuniarias*. Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, Palma de Mallorca, 1984, pág. 15.

aquéllos con más medios económicos, que pueden permitirse el lujo de no cumplir y pagar una indemnización.

La anterior afirmación, que es de índole general, tiene perfecta aplicación al Derecho del Trabajo y a la extinción ilícita del contrato por el empresario, pues no ha de olvidarse, en palabras de D'Antona, que «toda monetización del despido, en alternativa a la reintegración, habría en sustancia consentido nuevamente al empresario desembarazarse de aquél a que había sido despedido injustamente (...) Sólo manteniendo el procedimiento que establece siempre la reintegración del trabajador (...) se actúa una efectiva tutela del puesto de trabajo»⁽²⁹⁾. Es lógico solicitar del legislador mecanismos más adecuados para facilitar esa efectividad de la tutela, en consonancia con el artículo 24 de la Constitución Española, que declara como derecho fundamental, el de la «tutela efectiva de jueces y tribunales».

¿Cuál es el mecanismo más adecuado para lograr esa finalidad? Entendemos que la vía idónea para alcanzar esta finalidad es la de acudir a los mecanismos de coerción indirecta. Nos referimos a aquellos medios coactivos que no actúan sobre la persona del deudor (entendemos rechazable un sistema de tal tipo con el que se volvería a algo tan despreciable como la prisión por deudas), sino que actúan sobre su patrimonio; ahora bien, no como mecanismo a través del cual se viola legítimamente su patrimonio para dar satisfacción sustituyendo el cumplimiento, sino actuando como sanción económica que se reitera tanto como se reitera el no cumplimiento. En definitiva, consiste en ejercer una amenaza o presión consistente en una lesión económica más grave (aquí radica su efectividad) que aquélla que le produciría el cumplimiento voluntario y específico de su obligación de readmitir. No se trata, por tanto, de actuar físicamente sobre el empresario, sino de forzarle a través de las sanciones económicas a que cumpla con su obligación de readmitir.

Ha de señalarse cómo el ordenamiento laboral español ha contemplado esta posibilidad, en concreto a

través de la redacción original de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990, cuyo artículo 282 establecía una sanción pecuniaria, consistente en una cantidad fijada por el Juez, que no podía ser inferior al salario diario del trabajador, ni superior a cuatro veces esa cantidad; dicha multa debía ser abonada por el empresario por cada día de incumplimiento de la readmisión del trabajador. Puede observarse una enorme similitud con la *astreinte* de origen francés, a no ser por dos elementos: mientras que la *astreinte* es un mecanismo no obligatorio para el Juez, que decide si debe imponerse o no; por contra, el instrumento consagrado por el artículo 282 era obligatorio. Por otra parte, el destino de esas cantidades no es el trabajador o sujeto acreedor, como ocurre con la *astreinte*, sino el Tesoro Público.

En estos momentos tan sólo es posible remitirse como mecanismo para lograr la readmisión a los regulados en el actual artículo 282 (antiguo artículo 281 en la redacción original del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990) que establece, para los casos en que no se diese cumplimiento a la readmisión, que el Juez impondrá al empresario las obligaciones de pagar el salario y mantener al trabajador en alta ante la Seguridad Social. Es cierto que esta obligación tiene un cierto matiz coactivo⁽³⁰⁾, pero más por ser impuesta por el Juez durante un proceso de ejecución que por su propia naturaleza.

Ha de concluirse que la readmisión tan sólo puede considerarse incoercible desde una perspectiva estrictamente legal: porque el legislador no ha previsto mecanismos coactivos; pero no desde una perspectiva natural: la readmisión no es una obligación *per se* incoercible, pudiendo establecer el legislador los mecanismos adecuados para ello en cualquier momento.

En definitiva, entendemos que no existen impedimentos jurídicos originales o naturales a la consecución de la readmisión del trabajador, tan sólo hay limitaciones jurídicas establecidas por el legislador, por lo que pueden desaparecer cuando así lo considere oportuno éste. 卐

(29) *Ibidem*, pág. 25.

(30) En este sentido GORELLI HERNÁNDEZ, J. El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria. Civitas, Madrid, 1995, pág. 140.

Cultura inquisitiva y presos sin sentencia

José C. Ugaz Sánchez-Moreno
Abogado. Profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Entre las muchas críticas que se le enrostran al sistema penal, destaca aquélla que sostiene que no solamente es un sistema altamente ineficiente para el cumplimiento de su propósito -resolución de conflictos y prevención del delito- sino que además, **es un sistema creador de violencia.**

¿Cómo se expresa la violencia generada por el sistema penal? Ciertamente tiene muchas caras (tortura, represión y otras formas de violencia policial), pero probablemente ninguna tan patética como la vinculada al problema carcelario. No nos estamos refiriendo a formas relativamente simbólicas de violencia, sino a actos materiales que implican muertes, lesiones y otras formas de agresión física.

En una investigación patrocinada por el ILANUD (Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente), se llegó a determinar que **las muertes por homicidio al interior de las prisiones ocurren en una relación veinticinco veces más alta que en la vida en**

libertad, mientras que las muertes por suicidios son ocho veces más altas. Basta recordar que en el Perú, entre los años 1981 y 1986, hubo cuatro motines carcelarios que arrojaron un saldo de más de 400 muertos.

Esta situación de violencia, de por sí sumamente grave, cobra ribetes dramáticos si se tiene en consideración que una abrumadora mayoría de quienes se encuentran privados de su libertad en los penales, forman parte de ese contingente que se ha venido en llamar «**presos sin condena**», o como precisan otros, «**presos sin sentencia**», es decir, presos que no han sido objeto de una sentencia condenatoria formal, pero que **materialmente están cumpliendo una condena**, aunque posteriormente un número importante de ellos va a ser exonerado de responsabilidad penal al declararse su inocencia o archivarse el proceso.

Cifras recientes publicadas por el ILANUD, revelan una situación gravísima en lo que respecta al porcentaje de presos sin condena en la mayoría de países de América Latina.

País	Año	Total Presos	% Presos sin condena
Argentina (Provincia de Buenos Aires)	1993	9,427	66
Colombia	1994	30,131	49
Chile	1995	21,311	59
Ecuador	1995	9,646	67
Honduras	1991	5,034	83
Panamá	1995	6,108	79
Perú	1993	18,500	67
Uruguay	1995	3,192	85

Si nos ceñimos únicamente a la realidad peruana de los últimos años documentados, tenemos el siguiente resultado:

Año	Total Presos	% presos sin condena
1990	17,859	76
1991	15,308	76
1992	17,350	70
1993	18,500	67

De estas cifras se desprende que en el período comprendido entre el 90 y el 93, el Perú tuvo un promedio de 72.25% de presos sin sentencia, es decir, aproximadamente 12,466 personas (por año) sufriendo prisión sin que se haya establecido su responsabilidad penal.

Como es obvio, esta situación resulta no solamente contraria a las normas relativas a los derechos humanos, sino violatoria de principios legales y constitucionales vigentes en nuestro país.

En efecto, el artículo 2 inciso 24, parágrafo "e", de la Constitución Política del Estado, consagra el principio de presunción de inocencia, en virtud del cual se establece que «**toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad**».

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos, que en virtud de lo dispuesto por el artículo 55 de la Constitución, forma parte del Derecho Nacional, establece en su artículo 8 inciso 2 que «**toda persona se presume inocente hasta que no se pruebe legalmente su culpabilidad**».

Esto evidencia que cuando un Estado carece de recursos para implementar el modelo paradigmático de administración de justicia, crea un modelo alternativo en conflicto con el Estado de Derecho, rechazando sus propios postulados. No de otra forma se explica que pese a que el Estado reconoce el derecho de toda persona a ser considerada inocente hasta que no se pruebe lo contrario, mantiene privados de su libertad a un significativo número de personas respecto de las cuales no existe una declaración de certeza en cuanto a su responsabilidad penal.

Tal inversión de principios, convierte la detención preventiva -de naturaleza estrictamente cautelar, es decir, de aseguramiento de la presencia del imputado y de no obstaculización de la actividad probatoria- en una **pena anticipada**, con el agravante de que ésta se aplica a personas cuya culpabilidad no ha sido acreditada.

Si a este grave problema agregamos el hecho de

que el sistema de justicia penal imperante -de corte radicalmente inquisitivo- se caracteriza por una morosidad desesperante (se calcula que los procesos sumarios, que por ley no deberían durar más de tres meses, tienen una duración promedio de año y medio, es decir cinco veces el plazo previsto), tenemos que el drama de los presos sin sentencia se prolonga por varios meses o años.

PRISIÓN PREVENTIVA Y CAMBIO DE MODELO PROCESAL.

Como consecuencia de una investigación realizada por un grupo de expertos del ILANUD en 1981, se llegó a determinar que el modelo de proceso penal tiene una directa incidencia en el problema de los presos sin sentencia. Los países con un sistema penal romano-germánico, básicamente inquisitivo, escriturista, moroso y orientado en la práctica por el «principio de la culpabilidad», abusan de la prisión preventiva y, por ende, cuentan con un porcentaje muy alto de presos sin sentencia (en esa materia, no existen grandes diferencias entre los países latinoamericanos y los continentales-europeos). Inversamente, los países que aplican el sistema anglosajón, de corte acusatorio, no presentan volúmenes significativos de presos sin condena.

A partir de los resultados de esta investigación y de los esfuerzos desplegados por las Naciones Unidas y otras organizaciones -que coincidieron con el advenimiento de gobiernos democráticos en América Latina- a inicios de los años 80, se inicia un proceso de reforma procesal penal que pretende superar el modelo inquisitivo imperante para sustituirlo por uno de naturaleza acusatoria, más ágil, transparente y garantista.

Es así como el Perú llega, luego de una larga maduración, a gestar el proyecto de Código Procesal Penal, que luego de haber sido sometido a varias revisiones, se encuentra pendiente de promulgación en el Congreso desde los primeros meses del presente año.

Este importantísimo instrumento legal, incorpora un conjunto de instituciones procesales dirigidas a resolver, entre otros problemas endémicos de nuestro anacrónico sistema procesal penal actual, el drama de los presos sin sentencia. Sin embargo, subyace un reto que trasciende al simple cambio de normas e instituciones: **la erradicación de la cultura inquisitiva**, en cuya virtud, todo el proceso se orienta -plagado de ritualismos que han sacralizado las formas- a «arrancar» al imputado una confesión de culpabilidad.

Será necesario un tremendo esfuerzo para desterrar de las mentes de los operadores del sistema penal tan nefasta cultura. A éste debe sumarse además, la necesidad de mantener una coherencia sistémica que no perjudique por un lado lo que se logra por otro (por

ejemplo, sobrecriminalizando conductas).

Finalmente, es necesario agregar que para reducir el problema de los presos sin sentencia a niveles tolerables, se requiere una actitud permanente que incluya la adopción de medidas imaginativas en materia penal y extra penal, así como el establecimiento de

mecanismos de control sobre la actividad de las cortes y juzgados en materia de detención preventiva, la aplicación de principios que originalmente no proceden del sistema jurídico penal (abandono, oportunidad, etc.), la creación o reforzamiento de la Defensoría del Pueblo y de la Justicia Constitucional, entre otras. ☞