

INEPTITUD, DESPIDO Y DESEMPLEO

SUMARIO:

1. *El comentario de normas de rango menor.*—2. *La ineptitud como causa de despido:*
 - 2.1. La ineptitud. Clases e incidencia en el contrato de trabajo: A) Ineptitud. Clases: a) Voluntaria e involuntaria. b) Originaria o sobrevenida. c) La ineptitud predeterminada por un tercero. B) La incidencia de la ineptitud en el contrato de trabajo. 2.2. La ineptitud y la fungibilidad de la prestación de trabajo.—3. *Ineptitud y desempleo.*

I

EL COMENTARIO DE NORMAS DE RANGO MENOR

Me parece interesante, en el complejo y vasto mundo normativo laboral, *reposar* las disposiciones y en especial las de inferior rango que, quizá por la facilidad de su génesis, son muy profusas y cambiantes, pero con la peculiar circunstancia de que son tales disposiciones las que *verdaderamente* forman la *trama* en la aplicación del Derecho del trabajo, sin olvidar la jurisprudencia. Con razón explica Alonso Olea (1) que «la norma reguladora de la relación es la que resulte más favorable para el trabajador, cualquiera que sea su rango, *aunque sea comparativamente ínfimo...*».

La Administración, unas veces impulsada por el «estado de cosas», y otras ansiosa de competencias, va tomando, de modo creciente, funciones legislativas. No es labor nuestra explicar aquí el por qué y el cómo (2). Se trata de un hecho, del que diariamente nos ofrece muestras el *Boletín Oficial del Estado*. Y ante tal hecho que, por otra parte, está motivado la mayoría de

(1) *La aplicación del Derecho del Trabajo*. Servicio de Public. del Ministerio de Trabajo. Madrid, 1970, pág. 19.

(2) Por atenernos a nuestra disciplina, cito a BORRAJO que se ha ocupado del tema, con interesantes observaciones en su *Introducción al Derecho Español del Trabajo*. 2.^a edic. Madrid, 1969, págs. 298-309.

las veces en ofrecer soluciones a casos concretos y reales —en otras responde a criterios «planificadores»—, el estudioso debe reaccionar analizando la norma, elevando su contenido a criterios generales y, en último término, enjuiciando desde su posición de jurista. Y es que, en ocasiones, normas en apariencia «amorfas» tienen un rico contenido, con alcance más remoto que incluso el que pensó la Administración que las dicta.

Y tal labor de análisis pausado de la norma administrativa me parece importante, repito, en nuestra disciplina, por los especiales caracteres de la misma, en cuanto a su realismo y la configuración de sus fuentes. Vale aquí traer a colación las palabras de Ghezzi, trasladándolas al plano administrativo, según el cual «frente a la ilusión *settecentesca* de unificar la legislación ... hasta reducir la función del juez a un puro cálculo, se va generalizando la convicción de que la ciencia del Derecho ... encuentra su función social en el ser política jurídica "*de sententia ferenda*" y en el colocarse cual deudora de la práctica de modelos operativos» (3).

En concreto, mi propósito se centra en el análisis y comentario de la Resolución de la Dirección General de la Seguridad Social, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por desempleo en el Régimen General de la Seguridad Social. Tiene fecha de 9 de octubre de 1970 y aparece publicada en el *Boletín Oficial del Estado* de 21 de octubre de 1970 (pág. 17101). Por su cortedad merece la pena transcribirla íntegra para mejor y más cómodo entendimiento de las observaciones que se hagan.

«El artículo 1.º de la Orden de 5 de mayo de 1967 (*Boletín Oficial del Estado* del 19), al establecer el concepto de desempleo señala, como uno de los requisitos esenciales, que el trabajador pierda su ocupación por causa no imputable al mismo, y el número 1.º del artículo 4.º puntualiza que la protección por desempleo no será aplicable a los trabajadores que cesen voluntariamente en su trabajo o extingan su relación laboral por despido a ellos imputable.

Una interpretación estricta de la expresión «despido a ellos imputable» puede dar lugar a situaciones de desamparo para los trabajadores cuando las Empresas ejerciten la acción de despido con base en la causa d) del artículo 77 de la ley de Contrato de trabajo

(3) En *Osservazioni sul metodo dell'indagine giuridica nel diritto Sindacale*, «Riv. Trim. di Diritto e procedura civile», junio 1970, pág. 407.

de 26 de enero de 1944 (*Boletín Oficial del Estado* de 24 de febrero) y subsiguiente declaración de despido procedente por parte de la Magistratura de Trabajo.

El citado apartado d) del artículo 77 engloba tanto causas imputables al trabajador como aquellas otras que son totalmente independientes de la voluntad de los mismos. En esta situación se encuentran aquellos conductores de automóviles, con permisos de conducción de clase D o E, que al llegar a los sesenta años no superen las pruebas psicotécnicas a que son sometidos por las autoridades competentes, produciéndose con ello una justa causa de despido, pero no imputable a la voluntad del trabajador.

Por todo ello parece necesario interpretar el artículo 4.º de la citada Orden ministerial a efectos de que en casos como el citado puedan los trabajadores causar derecho a las prestaciones por desempleo.

En su virtud, y de acuerdo con lo establecido en la disposición final de la Orden de 5 de mayo de 1967, esta Dirección General ha tenido a bien resolver:

La cesación definitiva de la relación laboral, llevada a cabo por los empresarios, al amparo de lo dispuesto en el apartado d) del artículo 77 de la ley de Contrato de trabajo, de los conductores de vehículos con permiso de conducir de clase D o E, motivada por no superar las pruebas psicotécnicas a que sean sometidos al llegar a los sesenta años de edad por las autoridades competentes, se considerará como ajena a la voluntad de los mismos, a efectos al derecho al percibo de las prestaciones por desempleo.

Lo que comunico a V. E. para su conocimiento y efectos. Dios guarde a V. E.—Madrid, 9 de octubre de 1970.»

En esta disposición administrativa se hace referencia a dos cuestiones: a) La ineptitud como causa de despido y, en concreto, la ineptitud «no imputable». b) El valor de tal ineptitud en cuanto requisito para causar las prestaciones por desempleo. Ambas son de interés y las trataré por separado, aunque haciendo especial hincapié en la primera de ellas.

Pero antes quería hacer una observación sobre la Resolución en sí. Tiene la peculiaridad de que no sólo aplica y desarrolla la Orden de 5 de mayo de 1967 con criterios avanzados y desde luego loables, sino que en su preámbulo y parte dispositiva se contienen afirmaciones de valor, respecto a materias propias de la ley de Contrato de trabajo.

No se trata de un *reenvío*, tal como la doctrina lo delimita (4), sino de una norma aplicativa en la que incidentalmente se *especifica un hecho como constitutivo de despido* y además se especifica a nivel normativo *general y estatal* (en contraposición a las especificaciones *sectoriales y profesionales* de las Reglamentaciones de trabajo o Convenios colectivos). La premisa para la parte dispositiva de la Resolución —que atañe a materia de Seguridad Social— es, precisamente, una *decisión calificadoradora* sobre una cuestión integrada en la general de la extinción del contrato de trabajo: la desposesión del carnet de conducir como causa justa de despido.

El problema que se plantea, a este respecto, se conecta con el más amplio de integración de normas, y se concreta en sí la referencia *explícita* del preámbulo de la Resolución —«...produciéndose con ello una justa causa de despido, pero no imputable a la voluntad del trabajador»— y la *implícita* de la parte dispositiva —«...la cesación definitiva de la relación laboral...»— *justifican* con apoyo legal la decisión resolutoria del contrato de trabajo por el empresario, debido a la no renovación del carnet. Con independencia de lo que luego se dirá sobre la ineptitud como causa de despido, entiendo, respecto al problema planteado, que resulta discutible si la causa concreta de despido, a que se refiere la Resolución, *está tasada o no*; es decir, si cabe o no su discusión en un litigio, y discusión precisamente sobre la propia causa fundamentadora de la resolución unilateral del contrato; sobre el hecho motivador. De cualquier modo, yo me inclino por la tesis de la no vinculación del magistrado a la citada causa, por el hecho de que se describa en la Resolución citada. Y ello porque:

- a) La disposición administrativa a que me refiero no interpreta la ley de Contrato de trabajo.
- b) Excedería de las facultades del Ministerio tasar las causas de despido por vía distinta a la Reglamentación u Ordenanza de trabajo.
- c) En una interpretación adecuada de la propia Resolución, la causa de despido, no tanto se *define*, como se toma como elemento impulsor y generador de las prestaciones de desempleo.

La valoración *sustantiva* de la causa iría más allá de la intención de quien dictó la norma. Se especifica un mandato legal previo, de modo indirecto y como *premisa de otro*, por lo que la especificación no es vinculante *motu proprio*.

(4) Así, GARCÍA TREVIJANO: *Tratado de Derecho Administrativo*, I, pág. 206, al decir que con el reenvío —formal o material— se tiende a *completar* otra norma.

d) Y en última instancia entender lo contrario supondría la puesta en práctica de un «camuflaje» respecto al interés colectivo de los trabajadores, puesto que el beneficio de las prestaciones de desempleo —extendidas a estos casos— se vería compensado negativamente con la tasación «indiscutida» de un hecho justificativo del despido.

A pesar de todo ello no me parece aconsejable el que la Resolución «se pronuncie» sobre la justificación del despido, y por otra parte, es de desear que se extendiera la protección y las prestaciones a *todos los casos* de ineptitud «involuntaria», que desemboquen en un efectivo desempleo, a pesar de lo dispuesto en las distintas Reglamentaciones de Trabajo, Convenios colectivos, Reglamentos de régimen interior y, de modo general, en el Decreto 2.531/1970, de 22 de agosto, sobre empleo de trabajadores minusválidos (5).

2

LA INEPTITUD COMO CAUSA DE DESPIDO

Para desarrollar convenientemente este apartado, y advirtiendo que tan sólo lo referiré al tema que me ocupa, parece necesario efectuar un cuadro clasificatorio que sirva de base para el análisis del caso concreto al que me estoy refiriendo.

2.1. LA INEPTITUD. CLASES E INCIDENCIA EN EL CONTRATO DE TRABAJO

A) *Ineptitud. Clases*

Los problemas que origina el tratamiento jurídico de la ineptitud provienen, en buena medida, del simple hecho de que aquélla se configura en la ley de Contrato de trabajo de modo *unitario*, siendo así que, por su propia naturaleza, se *diversifica* en una variada tipología con sustanciales diferencias

(5) Corregido en el *Boletín Oficial del Estado* de 16 de noviembre de 1970. Una completa construcción dogmática del empleo de tales trabajadores, en G. PERA: *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*. Milano, 1970, en especial, págs. 78-103.

entre los distintos tipos y cuyo desconocimiento puede llevar a soluciones socialmente injustas (6).

El carácter *común* de la ineptitud puede estar en la «carencia de las condiciones adecuadas para desempeñar un trabajo» (7) o mejor aún, para cumplir adecuadamente con la obligación de trabajo dimanante del contrato del mismo nombre.

Es inepto el que no es idóneo y, desde luego, admite grados, sin que por ello desaparezca la calificación sustantiva de «inepto». Es decir, que puede darse una *ineptitud* absoluta o parcial (8) y ambas referidas a cualquier

(6) Así lo ha denunciado VIDA SORIA (uno de los «fallos sociales» del contrato de trabajo, según dice este autor) en *Dieciséis lecciones sobre causas de despido*, Madrid, 1969, lección 7.^a, pág. 124, y es que en esta materia de la ineptitud como causa de despido, sin más especificaciones, se hace patente la reflexión de DI ROBILANT de que, a veces, emerge con más fuerza el Derecho como «hecho» que como «valor», es decir, en un puro sentido de juridicidad, como «proposición que rige, prescindiendo de su valoración». En *Direttiva economica e norma giuridica*, Torino, 1955, pág. 97.

(7) Vid. mi libro, *El despido laboral y los expedientes de crisis*, Bilbao, 1969, página 87.

BENÍTEZ DE LUGO la define como «incapacidad, inhabilidad, insuficiencia o desconocimiento del oficio para el que fue contratado». *Extinción del contrato de trabajo*, Madrid, 1945, pág. 141.

De la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Central de Trabajo, no puede extraerse un criterio claro de la ineptitud, ya que se confunde a menudo, con poco rigor, con la falta de rendimiento. Así, en alguna sentencia como la del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1961, se justifica el despido con base en el apartado d) del artículo 77 de la ley de Contrato de trabajo por el rendimiento insuficiente. Vid., asimismo, sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 6 de junio de 1969, en la que con criterio excesivamente realista se dice que la conducta del demandante supone disminución voluntaria y continuada del rendimiento o bien *ineptitud*.

La jurisprudencia que interpreta el apartado d) de la causa 6.^a del artículo 89 de la ley de Contrato de trabajo de 1931 tampoco es muy exacta. Vid. las citas de resoluciones, en *Leyes Sociales de España*, de MEDINA y MARAÑÓN, Madrid, 1943, págs. 100 y 101.

(8) La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1943 dice con justeza que el concepto de ineptitud no es equivalente a *negación radical* de capacidad para ejercer la ocupación o trabajo contratada sino *también* como *habilidad deficiente* para realizar el compromiso laboral.

El tema ha sido tratado reiteradamente por la jurisprudencia y la doctrina en materia de incapacidades derivadas de accidentes de trabajo y a ellas me remito. Lo que parece indiscutible es que la ineptitud para ser tal basta con que sea parcial, e incluso, como afirma BAYÓN y PÉREZ BOTIJA, la que justifica el despido basta que sea de «cierto grado, o sea, inferior a la aptitud media normal en cada momento, lugar y profesión».

Manual de Derecho del Trabajo, 8.^a edición, 1969-70, II, pág. 599.

SUÁREZ GONZÁLEZ, con original tesis engloba en los supuestos de ineptitud «la no *progresión* en la aptitud para su trabajo, que la Empresa puede esperar sea creciente».

trabajo o al propio de la categoría profesional ostentada. Todas ellas integran la ineptitud, pero tienen distintos efectos, en cuanto a la conservación del contrato, tras subsiguiente novación (9).

Pero donde está el núcleo de la cuestión es en el origen de la ineptitud, en la «causa de la causa», como se ha dicho, pues de ello derivan los distintos tipos de aquella que rompen con el esquema unitario del despido como resolución unilateral del contrato, por incumplimiento culpable del trabajador (10). Pero junto con el origen, es preciso acudir a dos criterios clasificatorios más que complementan al primero. Tales son el *tiempo de manifestación* y la *comunicación* de la ineptitud misma.

Así tendremos que la ineptitud puede ser:

— Voluntaria o involuntaria.

Y ambas:

— Originaria o sobrevenida a la perfección del contrato.

— Manifestada u ocultada maliciosamente.

Como tipo especial y distinto está la ineptitud que convencionalmente denominaré «*heteronómicamente predeterminada*» y a la que se refiere la Resolución comentada.

La terminación del contrato de trabajo, Bolonia, 1967, pág. 95. Es decir, el «estancamiento profesional».

CASARES estima como analógicos de la ineptitud, entre otros, los siguientes términos: incapacidad, incompetencia, inhabilidad, torpeza, ignorancia, inexperiencia, impotencia, inutilidad. *Diccionario ideológico de la lengua española*, pág. 295.

(9) Vid., de modo general, las reflexiones hechas por J. RIVERO LAMAS, en *La novación del contrato de trabajo*, Barcelona, 1963, quien afirma que «la única modificación que el empresario vendrá obligado a aceptar es la que resulte de un posible cumplimiento parcial, pero no aquella otra que resulte de una modificación objetiva de la prestación primitivamente concertada» (pág. 31).

(10) Tema éste del que se han ocupado especialmente en nuestra doctrina, ALONSO OLEA: *El despido*, Madrid, 1958, págs. 132 y sigs.; ídem, *Lecciones sobre contrato de trabajo*, Madrid, 1968, pág. 220; RODRÍGUEZ PIÑERO: *El régimen jurídico del despido* (II), REVISTA DE POLÍTICA SOCIAL, núm. 77; SUÁREZ GONZÁLEZ: *La terminación*, cit., páginas 94 y sigs.; VIDA SORIA: *Dieciséis lecciones...*, loc. cit.; CARRO IGELMO: *El despido justo*, Barcelona, 1957, págs. 201 y sigs., entre otros, y con independencia de las obras generales.

Recientemente, DE LA VILLA resalta, de nuevo, la peligrosa confusión en este punto de «resolución por incumplimiento» y «resolución por imposibilidad de cumplir la prestación». *El "factum principis"*, en «Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y desempleo», Madrid, 1970, pág. 133.

Como luego se verá la incidencia de tales ineptitudes sobre el contrato, me detendré ahora en unas aclaraciones sobre cada uno de los tipos.

a) *Voluntaria o involuntaria*

Ardau dice lapidariamente, pero con fundamento, que el incumplimiento puro y simple debe entenderse como el imputable (doloso o culposo) (11). Y el despido en nuestro Derecho positivo se configura por la doctrina como la resolución unilateral del contrato de trabajo basada en el incumplimiento del trabajador (12) siguiendo una tradición histórica (13). Así lo expresa rotundamente Alonso Olea en su importante obra sobre el tema (14), y la jurisprudencia puede decirse que se mueve en esta línea, sobre todo, al diferenciar la extinción por despido de la originada por otras causas distintas (las restantes del artículo 76) (15).

Ahora bien, ¿coincide imputabilidad con voluntariedad? La regla general, en el artículo 77 de la ley de Contrato de trabajo, es la afirmativa, pero

(11) *La risoluzione per inadempimento del Contratto di lavoro*, Milano, 1954, página 100, vid. La distinción entre despido justificado y resolución por incumplimiento en MANCINI: *Il recesso unilaterale e rapporti di lavoro*, Milano, 1965, pág. 68. Incluso, se ha llegado a decir en un plano más general, que la responsabilidad sin culpa aparece como «insanablemente contradictoria». P. FORCHIELLI: *Intorno alla responsabilità senza colpa*, «Riv. Trim. di Dir. e Proc. Civile», 1967, pág. 1379, quien justifica los peligros de la aplicación analógica y extensa de la responsabilidad «objetiva».

(12) Pueden consultarse las obras citadas de ALONSO OLEA, SUÁREZ GONZÁLEZ, VIDA SORIA, el *Curso de Derecho del Trabajo* de ALONSO GARCÍA, *El despido nulo* (Madrid; 1968) de ALMANSA PASTOR, etc. Para el Derecho comparado es útil el *Manual de Derecho del Trabajo*, de BAYÓN y PÉREZ BOTIJA, 8.ª edic., Madrid, 1969-70, II, páginas 612 y sigs. RIVERO LAMAS, que no hace mención al incumplimiento culpable al conceptuar el despido (en *Estabilidad del empleo en el Ordenamiento laboral español*, REVISTA DE POLÍTICA SOCIAL, núm. 70, pág. 203), lo considera como esencial, respecto a la licitud del mismo (en *Indemnización (Derecho Laboral)*, Nueva Enc. Jurídica Seix, tomo XII, pág. 258).

Vid., asimismo, sobre la naturaleza jurídica del despido, mi libro *El despido laboral...*, cit., págs. 24 y sigs.

(13) Así, el *incumplimiento* late ya en la regulación que sobre el despido («echar de casa») de los mancebos contenía el Fuero viejo de Castilla (siglo XIII) en su libro IV, ley V del tit. III. Y con más fuerza en el Fuero Real de España, ley 8, tit. IV del libro IV, si bien la mayoría de estas disposiciones es refieren a contratos por tiempo determinado. Vid. F. HOSTENCH: *El derecho de despido en el contrato de trabajo*, Barcelona, 1929, pág. 68.

(14) «Extinción unilateral —dice— ... fundada en un incumplimiento culpable del trabajador.» *El despido*, cit., pág. 115.

(15) Vid., por todas, la fundamental sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1965.

con la excepción precisamente de la ineptitud. Rodríguez Piñero, en un interesante análisis histórico, válido para la interpretación del Derecho positivo vigente (16), concluye que no hay equivalencia entre «justa causa imputable e incumplimiento voluntario de los deberes contractuales» (17) de modo que la justa causa imputable «adquiere así un color *subjetivo* más que voluntario: hace referencia a causas o razones subjetivas referentes a la conducta o a la persona del trabajador y ajenas a la esfera del empleador» (18). En consecuencia, el autor citado, califica a la ineptitud de «justa causa» imputable «al trabajador» y aunque se trate de «incumplimiento no culpable basado en circunstancias atinentes al trabajador» (19), si bien ello trae consigo específicas consecuencias en el plano indemnizatorio.

La construcción de Rodríguez Piñero me parece impecable y meritoria para lograr una explicación coherente de los preceptos de la ley de Contrato de trabajo (la de 1931 y la actual) atinentes al despido. Pero partiendo de aquella explicación, entiendo que:

— La desvinculación de la voluntariedad con la imputabilidad, decolora a este concepto jurídico por su excesiva generalización y aun admitiendo que, a efectos de «centros de referencia» puede ser útil la distinción entre hechos «imputables» al empresario y hechos «imputables» al trabajador. De cualquier modo, entiendo que el despido fundamentado en las causas del artículo 77 de la ley de Contrato de trabajo debe entenderse como el *imputable* al trabajador por su incumplimiento *voluntario*; por ello es una anomalía perturbadora la fundamentación del despido en la ineptitud no imputable, es decir, no voluntaria, por lo que debería encajarse entre los supuestos de resolución —con las limitaciones que luego diré— que se contemplan en el párrafo segundo del artículo 81 de la ley de Contrato de trabajo («motivos justificados, pero independientes de su voluntad») (20). Me parece más clarificadora la distinción de los hechos imputables, en base a la voluntariedad.

Además, en la Resolución comentada, y en su preámbulo, se aprecia claramente cómo la imputabilidad se califica sustantivamente por la nota de voluntariedad, denunciando de paso la anomalía del apartado d) del artículo 77

(16) *El régimen jurídico del despido* (II). *Leyes de contrato de trabajo y de Jurados mixtos*, REVISTA DE POLÍTICA SOCIAL, núm. 77, págs. 36 y 37, 42 y 43 especialmente.

(17) Vid. asimismo, aunque menos categóricamente, PÉREZ BOTIJA: *El contrato de trabajo*, Madrid, 1954, pág. 273, distinguiendo hechos imputables «voluntarios e involuntarios».

(18) *El régimen...*, cit., pág. 38.

(19) *El régimen...*, cit., pág. 42.

(20) Aunque resulte criticable la utilización, poco rigurosa, del término «despedido».

(ley de Contrato de trabajo), que engloba, dice, «tanto causas *imputables* al trabajador como aquellas otras que son totalmente independientes de la *voluntad* de los mismos» (21).

— Por otra parte, cogiendo el hilo de la última afirmación, la ineptitud es un instituto que engloba especies diversas. Concretamente la que tiene su origen en la voluntad del afectado y la independiente de la misma. Así tendremos una ineptitud imputable —y voluntaria— que encaja en la tesis del despido como resolución por incumplimiento y otra inimputable, en el sentido de «no voluntaria» y que no encaja —no debe encajarse— en el despido disciplinario (22). Lo que disturba es el tratamiento jurídico unitario de tales especies (23). Pero, ¿es que hay ineptitudes *voluntarias*? Como regla general, la ineptitud es involuntaria, es decir, no culposa o dolosa, hasta el punto que resulta excepcional lo contrario. Concretamente, el «autolesionismo». En un plano, distinto al puramente físico, podría conceptuarse también como excepción la «no progresión en los conocimientos», es decir, el estancamiento profesional voluntario. El tema adquiere especial relevancia en relación con los frecuentes cambios tecnológicos en las Empresas y el perfeccionamiento de los puestos de trabajo (24) y cuya instrumentación más frecuente en los Convenios colectivos, es la de los «períodos de adaptación» (25). Todo ello origina complejos problemas que exceden de mi propósito actual, pero que trataré en un futuro próximo (26).

Basta decir por ahora que tal tipo de «ineptitud» debe admitirse con muchas reservas, siendo además dudosa, o al menos no categórica, la voluntariedad de la misma.

Por ello, sólo en tales casos excepcionales podría hablarse de causa de «despido» y no en los demás —que son la regla—, ya que deben concep-

(21) El subrayado es mío. ALONSO OLEA afirma, asimismo, que la ineptitud constituye «una excepción o la regla general de la imputabilidad del incumplimiento», en *Lecciones...*, cit., pág. 220.

(22) Tal especie de ineptitud continuaría siendo «imputable» en el sentido que a este término da, a efectos sistemáticos, RODRÍGUEZ PIÑERO.

(23) Así lo han denunciado, recientemente, DE LA VILLA y VIDA en sus artículos citados.

(24) Sobre la problemática general de los cambios tecnológicos, vid. J. SERRANO-CARVAJAL: *Cambio tecnológico y crisis de trabajo*, en «Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor...», cit., págs. 273 y sigs.

(25) Vid. mi trabajo *La disminución de rendimiento como causa de despido*, en «Revista de la Facultad de Derecho de Madrid», núm. 33 (1970), págs. 415 y sigs.

(26) En una monografía, en preparación, sobre *La clasificación profesional y el régimen de ascensos del trabajador*.

tuarse como causa de extinción con régimen jurídico distinto al del despido. Concretamente el del artículo 81 (párrafo segundo) de la ley de Contrato de trabajo. Podría decirse que, en definitiva, es inoperante en la práctica la distinción, ya que en última instancia puede despedirse por falta de rendimiento. Pero eso no es cierto.

La aptitud opera en un plano estático: *se es o no se es apto*. El rendimiento, por el contrario, es el dinamismo de la aptitud, a la cual presupone. La manifestación de la aptitud es el rendimiento; como causa a efecto. La aptitud pertenece a lo *cualitativo*. El rendimiento se refiere al *quantum*. Si, por tanto, la ineptitud no es voluntaria, no puede justificarse un despido por tal causa camuflada en la disminución de rendimiento, en base a que ésta ha de ser «voluntaria» (art. 77, apartado f) de la ley de Contrato de trabajo). Por definición un inepto no puede «rendir» y un apto puede o no, según los casos.

— Vida, afirma con razón que la «ineptitud del trabajador ha de entenderse como incumplimiento objetivo de la, objetivamente valorable, obligación de rendimiento» (27). Es decir, que para este autor la ineptitud se conecta de tal modo con el rendimiento, que puede calificarse como una falta objetiva de éste, lo cual me parece sugerente y acertado. Pero en lo que no estoy de acuerdo es que no encaje en tal calificación, asimismo, los supuestos de incapacidad física. También constituyen ineptitud, aun calificada ésta como «defecto objetivo de rendimiento».

A modo de resumen y colofón de este apartado, puede decirse lo siguiente:

— En primer lugar, que pueden distinguirse tres tipos de ineptitud: a') *Imposibilidad* física o intelectual de prestar el trabajo. Dentro de la intelectual un ejemplo límite puede ser el efectuar cálculo integral sin conocer las más elementales operaciones matemáticas.

b') Prestar el trabajo *mal o defectuosamente* (defecto objetivo de rendimiento) aun *pudiendo* (es decir, sin estar imposibilitado física o intelectualmente) y *queriendo* hacerlo bien. En este caso, prima de modo absoluto el defectuoso resultado o rendimiento.

c') Aun pudiendo prestar el trabajo y prestarlo bien o correctamente, imposibilidad de hacerlo por ausencia de los requisitos legales que «habiliten» para la prestación laboral (falta de título, carnet, etc.).

Dentro de este apartado habría que distinguir los supuestos en que la

(27) En *Dieciséis lecciones...*, cit., pág. 116.

ineptitud se basa en la ausencia de un requisito, que opera a modo de «confirmación» de la aptitud (*a priori*), de aquellos otros en que la ineptitud viene predeterminada por una decisión heteronómica que inhabilita para la prestación laboral a que se refiera (*a posteriori*).

Pues bien, en los tres tipos, la voluntariedad se decolora, no tiene efectos, ni aun en los raros supuestos examinados en que pueda darse, pues una vez demostrada la ineptitud se convierte en algo objetivo, en un *status*, por lo que en todo caso está desenchajado el apartado d) del artículo 77 de la ley de Contrato de trabajo entre los supuestos de resolución por incumplimiento culpable. Y es que el legislador realmente, en dicho apartado, *no es que niegue que haya ineptitudes voluntarias, sino que le es indiferente que lo sean o no* y, desde luego, no les otorga un régimen jurídico distinto.

Podría pensarse que en los excepcionales casos de voluntariedad de la ineptitud tal nota entraría en juego para subjetivar el defecto de rendimiento, operando así la causa f) del artículo 77 (disminución voluntaria y continuada del rendimiento normal del trabajo). Pero no es exacto. Baso mi afirmación en que la complementariedad de una causa con otra [la f) con la d)] no sólo juega por la voluntariedad o involuntariedad, sino también por la continuidad. Así se entiende la jurisprudencia que califica como ineptitud «no echar agua al autobús» (sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 13 de marzo de 1965), «no cambiar el aceite de un camión» (sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 11 de abril de 1964), etc. Ello nos demuestra que lo que importa es el *status*, la ineptitud, aunque se manifieste una sola vez y haciendo caso omiso de si el estado físico o intelectual que posibilitó el mal resultado o la errónea acción se adquirió o no voluntariamente. Lo que importa es la ineptitud, sin más. Algo parecido, aunque en sentido distinto, a las ausencias justificadas por enfermedad en las que no se tiene relevancia si la gripe, por ejemplo, se adquirió o no voluntariamente o por falta de diligencia. Y es que, en definitiva, pienso que la catalogación de la ineptitud como causa de despido se ha hecho, aunque con falta de técnica jurídica, para complementar la disminución voluntaria de rendimiento, en el sentido de que:

— La ineptitud se refiere a la *calidad* o *existencia* del rendimiento (defectuoso o inexistente). Criterio objetivo.

— La disminución a la *cantidad*. Buen rendimiento, pero *poco* o menos que antes. Criterio subjetivo.

Además, en el primer caso ello ocurre cabalmente, porque *no se puede hacer cosa distinta dada la capacidad de quien lo hace, y en el segundo se puede, pero no se quiere*.

La única excepción, si es que puede catalogarse así, es la del supuesto de «inhabilitación» ya enunciado. Por eso es quizá el tipo menos puro de ineptitud. O al menos, especial.

b) *Originaria o sobrevenida*

La distinción opera sobre las siguientes afirmaciones: al ser contratado el trabajador o es apto o no lo es. Una vez contratado, el que fue apto puede dejar de serlo. Distinto es la *manifestación* de la ineptitud originaria tras la perfección del contrato, pues ello incide en clasificación de «manifestada u ocultada maliciosamente», pero está íntimamente ligada con la presente, porque la cualifica, debiendo tratarse por ello conjuntamente (28).

Realmente la ineptitud que ofrece interés es la sobrevenida, ya que la originaria juega como presupuesto sustantivo del contrato y salvo que se oculte. En otras palabras, la ineptitud originaria no puede fundamentar un despido «por incumplimiento» del trabajador y la sobrevenida tan sólo en los raros casos examinados anteriormente, entendiendo el incumplimiento como culpable. En los supuestos de ineptitud originaria la doctrina civil entiende que se producen invalidez e ineficacia del negocio jurídico (29) y la laboral, en construcción análoga, afirma que «parecería como si todos los supuestos de preexistencia de la ineptitud al contrato debieran ser abordados como lo que efectivamente son, esto es, como supuestos de dolo o error que pueden viciar al consentimiento y determinar la ineficacia o nulidad de aquél» (30).

Para Díez Picazo, si la ineptitud era conocida por el deudor deberá resarcir el *id quod interest*. En caso contrario, se da un error sustancial en la base objetiva del negocio (31) y tal construcción puede extenderse al campo laboral.

Desde luego, la ineptitud conocida y aceptada por el empresario no puede ser alegada *a posteriori* por éste para fundamentar la resolución del contrato, como afirma acertadamente Alonso Olea (32).

(28) Vid., en el mismo sentido, ALONSO OLEA: *Lecciones sobre contrato...*, cit., página 220.

(29) Así, L. DÍEZ PICAZO: *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, Madrid, 1970, pág. 137.

(30) ALONSO OLEA: *Lecciones sobre el contrato...*, cit., pág. 220. y en *El despido*, cit., pág. 133, más *in extenso*. Para VIDA la ineptitud originaria es un supuesto de incapacidad o imposibilidad, pero no de ineptitud *stricto sensu* en *Dieciséis lecciones...*, cit., pág. 121.

(31) *Fundamentos...*, cit., pág. 138.

(32) *El despido...*, cit., pág. 133.

Un problema especial respecto a la ineptitud originaria —y salvo ocultación maliciosa— está en su valor una vez superado satisfactoriamente el período de prueba. El Tribunal Supremo sienta la doctrina de que la superación del período de prueba no es obstáculo para que opere el despido por ineptitud. Criterio este calificado por la doctrina, justamente, de anómalo (33). De cualquier modo, algún autor entiende que no puede decirse «que la prueba sea configurada por la ley como preventiva sanatoria por sucesivos incumplimientos» (34), lo cual no me parece aceptable para los supuestos de «incumplimientos» involuntarios. Más acertada es la opinión de quienes entienden que con el período de prueba precluye la acción de anulación por error (35), o que la errónea opinión sobre la capacidad de trabajo del trabajador contratado es un simple error de valoración (36).

Donde desde luego no influye el período de prueba es en la ineptitud sobrevenida.

c) *La ineptitud predeterminada por un tercero*

En este tipo de ineptitud es preciso distinguir dos actos: el heteronómico que «predetermina» la ineptitud y el del empresario que se manifiesta en la resolución del contrato. *Es el empresario quien resuelve y no el tercero, y aun cuando el acto de aquél se base en el de éste.*

Por otra parte, y como dije, dentro de tal ineptitud se engloban dos especies diversas, y dentro de la segunda cabe subdistinguir, en atención a la *real*, aptitud para el trabajo, aquellos supuestos en los que se declara, heteronómicamente, una ineptitud real y efectiva (ineptitud *directa*) de aquellos

(33) En nuestra patria, ALONSO OLEA: *El despido*, cit., págs. 26 y 134; GARCÍA ABELLÁN, quien entiende que la prueba supone un riesgo *para el empresario*, si no denuncia el contrato durante la misma, en *Pacto de prueba y contrato de trabajo*. Estudios en honor de GARCÍA OVIEDO, Sevilla, 1954, II, pág. 490.

Entre las sentencias pueden consultarse las del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1944 y del Tribunal Central de Trabajo de 27 de noviembre de 1954.

(34) C. SMURAGLIA: *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1967, páginas 138.

(35) DE LITALA: *Il Contratto di lavoro*, Torino, 1949, pág. 158. BALZARINI: *Il contratto d'impiego privato e l'errore sulla persona*, en «Dir. Lav.», 1935, 2, pág. 37.

(36) PIETRO-BON: *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, página 449.

GIUGNI, por su parte, se adhiere a la doctrina prevalente en el sentido de que el eventual desenvolvimiento del período de prueba «non può assumersi a singolare ipotesi di sanatoria preventiva dell'invalidità», en *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Milano, 1963, pág. 71.

otros en los que la ineptitud se produce como consecuencia de una inhabilitación previa (ineptitud *indirecta*) (37). De cualquier modo, insisto, los efectos *laborales* de tal ineptitud provienen del acto subsiguiente del empresario, no del acto del tercero.

El supuesto de los chóferes, a los que se refiere la Resolución, cae en el ámbito del primer tipo, puesto que la autoridad administrativa declara, en el ámbito de su competencia, que el chófer no posee ya las debidas condiciones físicas o psicofísicas para conducir adecuadamente. En el segundo tipo, entraría, por ejemplo, el caso de un abogado de Empresa, a quien se le inhabilita para ejercer su profesión.

En otras palabras y ejemplificando por géneros, la ineptitud puede operar por falta de los conocimientos, destreza o aptitud física adecuada, según declaración de un tercero, o a modo de sanción para organismos administrativos o judiciales. Aun cuando nuestro Derecho positivo no distingue tales supuestos, la verdad es que muy fácilmente se aplicaría un régimen jurídico distinto en atención a la doctrina común del Tribunal Supremo sobre la voluntariedad indirecta en el incumplimiento del contrato, sobre todo, en materia de despidos por detención (38). Es decir, que no se aplicaría a los supuestos de sanción el régimen del artículo 81, párrafo segundo, de la ley de Contrato de trabajo, sino pura y simplemente el de despido procedente, frente al régimen general, en el que se encontraría el otro supuesto que he venido defendiendo para los supuestos de ineptitud; es decir, la inadecuación del régimen de despido para los mismos y la aplicación, más bien, del de imposibilidad sobrevenida (39).

De cualquier modo, lo importante a retener en la ineptitud predeterminada —en todas sus variantes— que examino en este apartado c) es que se condiciona la voluntad del empresario, de tal modo que la contravención

(37) Aunque con distinto alcance, pues se aplica más bien a la suspensión, no deja de tener interés para nuestro tema la distinción que formulara LOTMAR entre los incumplimientos que *inciden en la capacidad* de trabajo del productor y los incumplimientos que *dejándola intacto* obstaculizan su desenvolvimiento. En *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches*, Leipzig, 1929, I, pág. 171. Citada por SMURAGLIA: *La persona...*, cit., pág. 220, u. z.

(38) Una crítica de la aplicación de la causalidad, en tal tema, en ALONSO OLEA: *El despido...*, cit., pág. 138, y teniendo en cuenta que la doctrina legal posterior se ha endurecido, dando lugar a una jurisprudencia poco sostenible. Vid. incidentalmente, DE LA VILLA: *El "factum principis"*, en «Diecisiete lecciones...», cit., págs. 129, 130 y 133.

(39) Tajantemente dice SUÁREZ GONZÁLEZ que «la inevitable pérdida de facultades por parte de los conductores no puede ser causa de despido», en *La terminación...*, citada, pág. 96.

por el mismo de la ineptitud declarada puede originar no sólo responsabilidades (40), sino incluso nulidad del contrato por ir en contra de la ley (41).

Concretándonos al caso de los chóferes, y tal como se regula en la Resolución comentada, se da una interesante particularidad, a la vista de lo que dispone el artículo 268 del Código de la Circulación (42). Según este artículo:

«Los permisos de conducción de las clases C, D y E tendrán un plazo de validez de cinco años, mientras su titular no cumpla los cuarenta y cinco años de edad; de tres años si los sobrepasa sin rebasar los sesenta, y de dos años a partir de esa edad hasta los setenta, cumplidos los cuales carecerán de validez para conducir.»

Cumplidos tales plazos, y excepto el último (setenta años), puede solicitarse la revisión del permiso mediante el procedimiento señalado en el artículo 269 de dicho Código, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Orden ministerial de 5 de febrero de 1969 sobre enfermedades y defectos físicos o psicofísicos que pueden impedir la obtención (y la prórroga) de los permisos de conducción.

En tal Orden ministerial se distinguen las aptitudes para los permisos A1, A2 y B (art. 3.º) y las correspondientes a los permisos C, D y E (art. 6.º), por lo que la ineptitud para estos últimos no trae aparejada la ineptitud para los primeros (43).

Pues bien, la particularidad a que me refería está en que de acuerdo con

(40) Así, por ejemplo, y respecto de los chóferes sin carnet, el dejarle conducir con independencia de las responsabilidades civil o criminal, puede ir en contra del «deber de seguridad» del empresario al que el fallecido D'EUFEMIA otorga carácter público. Vid. *Norme inderogabili e interessi legittimi nel rapporto di lavoro (A proposito del dovere di sicurezza)*, «Riv. Dir. Lav.», enero-marzo 1969, págs. 3 y sigs.

(41) Tal afirmación ha de entenderse, sin embargo, con un criterio restrictivo y según los casos, pues como afirma DE CASTRO, con base en la jurisprudencia, ha de atenderse al significado de las leyes «para considerar que sólo las de carácter sustantivo producen la nulidad y que, en los casos en que se decrete especialmente la nulidad sin tener dicho carácter, la sanción se limitará al ámbito estricto de lo que exige la finalidad de la ley» en *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, pág. 473, citando diversas sentencias del Tribunal Supremo como la de 10 de febrero de 1966, según la cual la nulidad no se produce por infracción de disposiciones administrativas.

(42) En su nueva redacción por lo que al capítulo XVI en que tal artículo se encuentra, dada por el Decreto 3.268/1968 de 26 de diciembre de la Presidencia del Gobierno.

(43) Salvo en los supuestos de anulación por sanción que contempla el artículo 273 del Código de la Circulación.

tal normativa, los contratos de trabajo de los chóferes están afectados de una condición resolutoria tácita, cual es la no renovación del permiso por falta de los requisitos exigidos para ello. Condición, además, que tiene un cumplimiento insoslayable con plazos prefijados.

B) La incidencia de la ineptitud en el contrato de trabajo

A través del contrato, el trabajador se compromete a «trabajar de modo, típicamente idóneo, para satisfacer el interés del acreedor de hacer funcionar una organización técnico-productiva de trabajo en vista de la consecución del resultado inmediato de ésta» (44). Por ello, el objeto puede decirse que es la energía productiva que el trabajador pone a disposición del acreedor de trabajo para un fin útil (45). O como afirma mi maestro, el profesor Bayón, «el despliegue de energías humanas puestas al servicio de otras personas» (46) con la radical singularidad de que, como afirma Alonso Olea, el trabajo «siendo algo distinto de la persona que lo ejecuta, es una emanación de ésta, con lo cual existe una unión indisoluble entre el trabajo como objeto del contrato de trabajo y el trabajador como sujeto del mismo» (47). Por ello precisamente, la ineptitud, al incidir de modo directo sobre la capacidad laborante del trabajador, se traslada *in actu* sobre el propio objeto del contrato, haciéndolo defectuoso o imperfecto, si no imposible, por lo que se fundamenta la resolución del contrato. Y se fundamenta precisamente por

(44) L. SPAGNUOLO VIGORITA: *Impresa, rapporto di lavoro, continuità*, «Riv. Dir. Civile», noviembre-diciembre 1969, pág. 545. En el mismo sentido, M. PERSIANI: *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966, págs. 45, 157 y 201 especialmente. MENGONI: *Contratto e rapporto di lavoro*, «Riv. Soc.», 1965, págs. 685 y sigs.

(45) Este concepto usual en nuestra jurisprudencia y en nuestra doctrina, con base en el artículo 2.º de la ley de Contrato de trabajo —que se refiere al objeto del contrato y añade la polémica nota de la *dependencia*— es válido en el Derecho comparado. Así, a vía de ejemplo, la jurisprudencia italiana entiende que en el contrato de trabajo el objeto se identifica con «la energía productiva puesta por el trabajador establemente a disposición de la Empresa de otro, realizada mediante la inserción en la organización técnica y administrativa de la misma». Sentencia de la Cor. di Cassaz, de 4 de agosto de 1967, en *Mass. Giust. Civ.*, 1967, pág. 1096.

En esta definición resaltan, no obstante, las notas de estabilidad e inserción, aun cuando respecto de esta última diga SPAGNUOLO que tiene el valor de «rito mágico... enigmático y del todo incomprensible», en *Impresa...*, cit., pág. 547.

(46) En el *Manual...*, cit., I, pág. 15.

(47) En *Lecciones sobre contrato...*, cit., pág. 2. Más ampliamente, y con originales tesis, en su *Introducción al Derecho del Trabajo*, 2.ª edic., Madrid, 1968, páginas 134 y sigs.

la pérdida objetiva de intensidad o desaparición del «*quid* del que la relación trae su razón de ser para el sujeto» (48).

Aun admitiendo, con la mejor doctrina, la distinción entre objeto del contrato y objeto de la obligación (49), la ineptitud opera sobre el primero (deuda de trabajo) liberando del segundo (deber de prestarlo). Pero en este segundo efecto es donde aparece la peculiaridad del «deber ser» más que del «ser» de la dinámica del contrato de trabajo.

En el régimen civil o común, como afirma Barbero, «la liberación del deudor se articula en dos momentos: la imposibilidad de prestar y la no imputabilidad de su causa» (50). No se trata de justificar la extinción (liberación) por parte del acreedor, sino del deudor y siempre con la regla de que «el control sobre la compatibilidad entre los hechos sobrevenidos y el cumplimiento invariable se concreta en el *juicio de buena fe* dirigido a dilucidar si el estado de cosas creado no requiere un sacrificio que está más allá del límite implícito en la misma economía del hacer» (51).

Asimismo, la normativa de nuestro Código civil (art. 1.184), se dirige, ante la imposibilidad sobrevenida a la liberación de los compromisos del deudor.

Pero en el contrato de trabajo la indisolubilidad entre el objeto y el sujeto impone soluciones distintas, hasta el punto que un civilista, Azema, ha

(48) Vid. D. BARBERO: *Sistema istituzionale del Diritto privato italiano*, Torino, 1958, I, pág. 213.

(49) Vid., por todos, MESSINEO: *Il contratto in genere* (en *Trattato di Diritto civile e commerciale*, de CICU y MESSINEO, Milano, 1968, pág. 138.

De cualquier modo la polémica sobre el objeto del contrato, en general, es notable. Así, para MENGONI el objeto de la obligación —distinto del objeto del contrato— es el fin de la obligación misma. En *L'oggetto dell'obbligazione*, «Jus», 1952, págs. 156 y siguientes. OSTI, entiende que «el objeto del negocio jurídico (contrato) y el objeto de la relación jurídica (obligación) es uno e idéntico y consiste precisamente en la prestación» (cit. por MESSINEO, Op. y loc. cit.). Para Díez PICAZO, en nuestra doctrina, el objeto del contrato es el bien, «aquella realidad susceptible de utilidad y de interés para las partes», en *Fundamentos...*, cit., pág. 134.

(50) En *Sistema...*, cit., III, pág. 57.

(51) M. BESSONE: *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, pág. 402. Respecto a la cita de este autor, interesa indicar que según las orientaciones más modernas sobre la *bona fides*, ésta puede ser utilizada como «*come strumento per la modificazione del contenuto del contratto nel senso della eliminazione delle clausole inique e della formazione giudiziale di un giusto ed equo regolamento di interessi*», P. BARCELONA: *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole* (en la obra del mismo título que forma las *Atti della Tavola rotonda tenuta presso L'Istituto di diritto privato dell'Università di Catalua*), Milano, 1970, pág. 112.

Sentido éste, de la «buena fe», de largo alcance para el contrato de trabajo y que tan sólo apunto.

llegado a decir que «el Derecho de rescisión unilateral, pieza maestra del régimen jurídico del contrato de duración indeterminada, está considerablemente limitado por la institución de la ruptura abusiva... que se ha formado, en un principio, en materia de contrato de trabajo» (52). Y aunque tal autor no lo indique, la razón de ello está precisamente en la «humanidad» del contrato de trabajo.

Y es que el trabajador pone en juego, en el contrato, lo que la doctrina alemana denomina el *lebensgestaltung* individual, su medio o forma de vida (53), y en atención a ello se ha podido decir que «la evaluación contemporánea del Derecho del trabajo, todavía inacabada, condena progresivamente una construcción jurídica abstracta, que desconozca los imperativos sociales del mundo del trabajo y el deseo mayor de la estabilidad del empleo» (54). Ello tiene especial interés en la época actual, pues «en todo proceso de desarrollo las siempre cambiantes demandas de destreza constituyen un impacto universal en la fuerza del trabajo» (55), y concretamente, como afirma Maravall, «descalificaciones constantes de grandes contingentes de trabajadores» con la consiguiente inseguridad en el empleo (56) sin que pueda olvidarse, por otra parte, que ya de por sí el contrato de trabajo como todos los contratos de duración, y en cierto modo más que ningún otro, se caracteriza por «una particular fragilidad (57). Y en todo ello no deja de jugar un importante papel la ineptitud.

Por tanto, y si el trabajador consigue su medio de vida en el trabajo que desempeña, puede afirmarse que ante los casos de ineptitud (y salvo que sea absoluta para todo trabajo.) le interesará más la permanencia en la Empresa

(52) En *La durée des contrats succesifs*, París, 1969, págs. 257 y 258. Sobre el abuso de derecho en relación con la estabilidad, puede consultarse RIVERO LAMAS: *La estabilidad...*, cit., pág. 207.

(53) Vid. A. CESSARI: *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, «Riv. Dir. Lav.», enero-marzo 1969, pág. 48.

(54) CAMERLYNCK - LYON CAEN: *Droit du travail*, 4.^a edic., París, 1970, pág. 139. Y la superación de la concepción individualista del Derecho, que hace años en magistral artículo propugnara FUNAIOLI por una concepción social, tiene una aplicación evidente en nuestra disciplina, pero con la particularidad de que en ella se contempla de modo indisoluble la «personalidad» de la prestación y su repercusión «social». Vid., de este autor, *La concezione individualistica del diritto e la validità dei negozi giuridici*, «Riv. Dir. Comm.», 1930, núm. 3, en especial pág. 143.

(55) KERR, HARBISON, DUNLOP y MYERS: *El industrialismo y el hombre industrial*, Buenos Aires, 1963.

(56) En *El desarrollo económico y la clase obrera*, Madrid, 1970, págs. 28. De este autor se ha tomado la cita anterior.

(57) Vid. SMURAGLIA: *La persona...*, cit., pág. 219.

—mediante novación de su contrato— que la ruptura del vínculo o liberación de su deuda.

Y evidentemente, la legislación laboral contempla y remedia tal situación con diversos instrumentos, entre los que destaca el de la suspensión del contrato (art. 79 de la ley de Contrato de trabajo). Pero bien puede afirmarse que la disciplina, ya en el concreto caso de la ineptitud, es rigurosa, precisamente por la *escasa consideración que hace de las causas del impedimento personal de prestar el trabajo*, hasta el punto de hablarse de la «lógica arcigna» del sistema y de la fría simetría del mismo, poco propenso a consideraciones humanas (58). Y aun cuando las tentativas de «humanización» y la llamada a consideraciones morales o sociales son dignas de loa, no puede olvidarse, como advierte Smuraglia, que ello no autoriza al intérprete a desviaciones del Derecho positivo, y a no ser que en este último se encuentren el fundamento y el presupuesto, aunque implícitos, de aquéllas (59).

Pues bien, en nuestro Derecho vigente, y dejando aparte la suspensión del contrato de trabajo, la disciplina jurídica de la ocupación de los trabajadores con capacidad disminuida se encuadra entre las medidas asistenciales y se instrumenta en las Reglamentaciones de trabajo —respecto a reserva obligatoria de puestos para tal personal— y de modo general en el importante Decreto 2.531/1970, de 22 de agosto (corregido en el *Boletín Oficial del Estado* de 16 de noviembre de 1970), sobre empleo de trabajadores minusválidos —que plantea interesantes problemas jurídicos que ahora no puedo tocar (60)— amén de las disposiciones protectoras de los trabajadores de edad madura (Decreto 1.293/1970, de 30 de abril).

Pero tales medidas, de trascendental importancia bajo el punto de vista

(58) Así lo hacen, entre otros, BARRASSI: *Diritto del lavoro*, Milano, 1949, III, página 150, que se refiere a la *lógica arcigna* (el término *arcigna* es de difícil traducción en este caso y puede entenderse como inconsiderada, arisca, intemperante). Asimismo, en el sentido del texto pueden consultarse SMURAGLIA: *La persona...*, cit., pág. 225; MANCINI: *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, páginas 7 y sigs.; OSTI: *Revisione critica della teoria sull'impossibilità della prestazione*, «Riv. Dir. Civ.», 1918, págs. 205 y sigs.

(59) En *La persona...*, cit., pág. 225. En el mismo sentido, y respecto de la ineptitud, VIDA en *Dieciséis lecciones...*, cit., pág. 124.

(60) En la doctrina extranjera destaca el estudio de G. PERA: *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, Milano, 1970, con sugerencias y construcciones válidas también para nuestro Derecho positivo. En el Decreto referido en el texto se impone la obligación a las Empresas de más de cincuenta trabajadores fijos de reservar el 2 por 100 de la plantilla para los trabajadores minusválidos (art. 11) con independencia de lo dispuesto en Ordenanzas, Reglamentaciones de Trabajo (¿por qué esta consagración legal de dos nombres para lo mismo?), Normas de Obligado Cumplimiento y Convenios Colectivos Sindicales.

social, son colectivas, aunque se individualicen (*a posteriori*) y extracontractuales. Es decir, que no generan derechos *individuales* por parte del trabajador. Por ello me parece conveniente plantear la ocupación del minusválido y de un modo general del inepto, para un concreto trabajo, en el plano contractual. En el caso de los chóferes que contempla la Resolución, ¿tendrían derecho a que se les ocupara en otro trabajo distinto?, o, por el contrario, su ineptitud para el oficio de chófer ¿les cierra toda posibilidad de novación de su contrato? Ello nos lleva a plantear el tema de la fungibilidad de la prestación de trabajo, único camino útil para discurrir sobre la cuestión planteada. Y, desde luego, sin pretensiones de un trato exhaustivo, ni mucho menos, sino tan sólo como apuntes que surgen al hilo de la Resolución comentada (61).

2.2. LA INEPTITUD Y LA FUNGIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN DE TRABAJO

Aun cuando nuestro Código civil no haga de las obligaciones genéricas una clase (las trata incidentalmente en el artículo 1.167), la doctrina ha elaborado largamente el concepto de las mismas.

Así, Albadalejo nos dice que «la obligación genérica se dirige no a una de entre muchas prestaciones, cada una individualmente considerada (62), sino a una prestación determinada sólo genéricamente, a una prestación cualquiera que reúna los requisitos exigidos» (63).

De cualquier modo, en las obligaciones genéricas la prestación está siempre relativamente determinada; es una prestación determinable, siendo frecuente distinguir entre obligación genérica y obligación genérica delimitada (64). Y es precisamente a partir de la individualización de la prestación cuando la obligación genérica se convierte en específica, afirmando con justeza Hernández Gil que «hay prestaciones genéricas, pero el pago o cumplimiento nunca lo es» (65).

En general, y aunque el Código civil no lo diga expresamente, la facul-

(61) Aunque trataré más largamente de ello en la monografía anunciada sobre Clasificación profesional y ascensos.

(62) Esa es, precisamente, la obligación alternativa en la que, como afirma Díez PICAZO, las prestaciones se han previsto en forma *disyuntiva*, operándose, al elegir, la «concentración de la obligación». En *Fundamentos...*, cit., pág. 490.

(63) En *Derecho Civil*, II. *Derecho de obligaciones*, Barcelona, 1970, pág. 33.

(64) A. HERNÁNDEZ GIL: *Derecho de obligaciones*, I, Madrid, 1960, pág. 130.

(65) *Derecho...*, cit., pág. 132.

dad de elegir corresponde al deudor «por aplicación del principio de que el que se obliga se obliga a lo menos: *favor debitoris*» (66).

Aun cuando la figura de la obligación genérica se ha construido fundamentalmente sobre el prototipo de la prestación de cosa, relevándose la dificultad de trasladar tal noción a las obligaciones de hacer (67) bastantes autores lo admiten, incluso con fundamento en un pasaje de Giuliano (D. 45.1.54.1): «*Operarum stipulatio similis est his estipulationibus in quibus genera comprehendetur...*» (68).

Ya en el plano laboral, algún autor afirma tajantemente que la obligación de trabajo es «por su estructura inequívocamente genérica» (69), lo que no puede admitirse sin ciertas reservas o al menos puntualizaciones.

A mi juicio, la obligación de trabajo tiene un contenido limitadamente genérico, o si se quiere, es una obligación genérica delimitada en el sentido de que no puede considerarse una obligación genérica en el sentido técnico, por la imposibilidad de aplicarle las reglas que gobiernan la disciplina positiva de tales obligaciones (70). Interesa precisar con Grandi que «la genericidad es una cualificación jurídica del bien que opera en el ámbito de la determinabilidad del objeto de la prestación, el cual puede ser *determinado e individualizado*, o bien *determinado* solamente en el género... sin que pueda confundirse la determinación del objeto de la obligación con la individualización de la prestación debida», entendiéndose este autor que en la obligación del trabajo «el poder de especificación del dador de trabajo no opera como hecho de separación entre la *species* y el *genus*, como ocurre en las obligaciones de dar (cosas) determinadas sólo en el género, sino más bien como individualización de las singulares prestaciones, o mejor comportamientos, a seguir en la más compleja materia que forma el objeto de la relación obligatoria... por lo que tal poder no incide sobre el momento de la *determinación del objeto*, sino sobre el del *cumplimiento de la prestación debida*» (71). De cualquier modo, y aun admitiendo con este autor que, en la obligación

(66) M. ALBADALEJO: *Derecho civil...*, loc. cit.

(67) Así lo constata GIUGNI: *Mansioni...*, cit., pág. 109, art. 18.

(68) Tomado de M. GRANDI: *La prestazione di lavoro subordinato e la persona del lavoratore*, «Riv. Dir. Lav.», julio-septiembre 1969, pág. 467, quien cita como autores partidarios de extender la genericidad a las prestaciones de hacer, a POLACCO, BARASSI, ALLARA y GIORGIANNI, entre otros. Y, hace más de un siglo, MOMMSEN lo admitía, reconociendo la aplicación del principio *genus non perit* respecto a la sustitución de la persona del deudor, en *Beiträge zum Obligationenrecht*, I, pág. 53 (cit. por GRANDI).

(69) SMURAGLIA: *La persona...*, cit., pág. 84.

(70) GRANDI: *La prestazione...*, cit., pág. 470, el cual trae a colación la opinión de SANTORO PASARELLI que dota a la obligación de trabajo de una *limitata genericità*.

(71) En *La prestazione...*, cit., pág. 473.

de trabajo se da una doble particularidad: Que la especificación de los comportamientos debidos se efectúa por el acreedor de trabajo y no por el deudor (como es normal en las obligaciones genéricas), y que tal especificación no comporta una «concentración» de la materia del vínculo obligatorio, aun admitiéndolo, digo, creo que puede hablarse de la obligación de trabajo como obligación limitadamente genérica o genérica delimitada. Y ello porque el «hacer» del trabajador se encuentra dotado de la genericidad misma, aunque limitada de la categoría profesional que ostente; y cuando el acreedor de trabajo determine, en virtud de su poder de «conformación» (72), los singulares y concretos comportamientos del trabajador, está *especificando* aunque con los límites de la categoría. Y si tenemos en cuenta, so pena de caer en un preciosismo jurídico inoperante, la realidad de las actuales técnicas productivas (de automatización y trabajo en cadena), con la consiguiente globalización de rendimientos y «despersonalización», no tanto del trabajador como de sus frutos, hemos de concluir que las posibilidades de predicar la «genericidad» de la obligación de trabajo son cada día mayores por la amplitud misma de las categorías profesionales o, si se quiere, de la descripción de los puestos de trabajo.

Así, en términos generales se dice que la diligencia en el trabajo «estará determinada por la especialidad habitual del trabajo y por las facultades y peculiaridades del trabajador, que debe conocer el empresario» (art. 60 de la ley de Contrato de trabajo), que es como decir que el trabajador prestará los trabajos propios de su categoría profesional y no de otra superior o inferior (como se ordena en las distintas Reglamentaciones). Y ya en concreto, las definiciones de las categorías se aprecia que son muy genéricas en la mayoría de los casos (73). Y aunque no lo sean tanto como para afirmar que el trabajador cumple «trabajando», sin más, o con el *tutto-fare* que expresa la

(72) Sobre el poder de «conformación», vid. GIUGNI: *Mansioni...*, cit., pág. 104, quien cita la opinión de D'EUFEMIA, según el cual, con base en la doctrina germánica, el poder de conformación del acreedor de trabajo, que heterodetermina la prestación del trabajador, es *distinto* del poder directivo. Op. cit., pág. 104, ut. 4.

Por otra parte, el hincapié que algunos autores, como GRANDI, Op. cit., pág. 472, hacen en la desviación de la obligación de trabajo respecto a las obligaciones genéricas, por cuanto no es el deudor sino el acreedor (empresario) quien especifica, me parece relevante *pero para mostrar la peculiaridad, no para concluir que por ello deje de ser obligación genérica*, aunque con, también, alguna peculiaridad.

(73) Así, por ejemplo, la Ordenanza Laboral de la Construcción de 28 de agosto de 1970, define al oficial segunda operario como aquel que «con los conocimientos teórico-prácticos del oficio, adquiridos mediante aprendizaje sistemático o con una larga práctica del mismo, realizan los trabajos corrientes con rendimiento correcto, pudiendo entender los planos o croquis más elementales».

doctrina italiana, bien es verdad que su obligación de trabajo tiene una indudable genericidad, aunque sea limitada (74).

Es más, la obligación de *actividad*, encuadrada en el contrato de trabajo-arrendamiento de servicios, frente a la obligación de *resultado*, con más perfecto encaje en el contrato de obra (75), encuentra en la genericidad un elemento distintivo del máximo valor, y aunque por exigencias organizativas tal genericidad se encuentre limitada por la categoría profesional, que a modo de aguja encarrila el trabajo-actividad contratado.

Bajo el presupuesto de las obligaciones genéricas con las puntualizaciones hechas, aparece concretado el tema de la fungibilidad de la prestación de trabajo.

Normalmente, la fungibilidad de la prestaciones se predica cuando éstas no se modifican de modo relevante por el hecho de que el comportamiento sea rendido por *diversas* personas (76) o. como dijo Jerónimo González en su estudio ya clásico, «cuando es posible la sustitución de persona» (77). Asimismo Díez Picazo nos dice que la prestación de hacer puede ser fungible —cuando el interés del acreedor queda satisfecho con una pura actividad, sea cualquiera quien la realice—, o infungible —comportamiento personalísimo— (78). Y en este sentido se pronuncia nuestro Código civil en su ar-

(74) La opinión de CECILIA ASSANTI de que la prestación de trabajo no puede encajonarse entre las «genéricas de hacer», porque el «poder de determinación del empresario no tiene por objeto la elección de los actos a realizar en el ámbito de un género, dado que éste se identifica con un comportamiento integralmente debido» (*Autonomia negoziale e prestazione di lavoro*, Milano, 1961, pág. 77) me parece exacta si queremos afirmar que la obligación de trabajo es genérica, sin más, pero no creo que suponga un obstáculo a la afirmación que hago en el texto, pues aun cuando el empresario con la elección de comportamientos que de vez en cuando haga no «concentre» la materia del vínculo obligatorio, por la sencilla razón de que éste sigue comprendiendo todos los frutos comprendidos en la relación jurídica, la verdad es que esa misma elección, si bien de lado del acreedor, *presupone un género*. Si no, mal podría elegirse o individualizar los comportamientos debidos mediante la «especificación». Pero es cierto que la elección tiene un límite —el propio del trabajo que describe la categoría profesional ostentada— y por ello la genericidad es limitada. Así creo, además, que puede salvarse la confusión que GRANDI denuncia entre *indeterminatezza* y *genericità*. (*La prestazione...*, cit., pág. 472.)

(75) Sobre el tema puede consultarse mi artículo *Un contrato especial de trabajo: el contrato de ejecución de obra*, «Anuario de Derecho Civil», XVII-1, 1964.

(76) Vid. SMURAGLIA: *La persona...*, cit., pág. 78.

(77) *Cosas fungibles*, en «Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil», Madrid, 1948, II, pág. 194, en el que se recoge este artículo publicado en enero de 1928 en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*.

(78) *Fundamentos...*, cit., pág. 441.

título 1.161, al impedir el cumplimiento de la prestación por un tercero; y en el ámbito laboral se confirma asimismo (por ejemplo, en los arts. 1.º y 6º de la ley de Contrato de trabajo).

Pero, con independencia de que tal aspecto de la fungibilidad no afecta a lo que ahora estudio, pues no me planteo la sustitución del trabajador en el cumplimiento, queda por ver si la fungibilidad puede predicarse, asimismo, de los comportamientos diversos que la prestación encierra, y en caso afirmativo si la prestación de trabajo —en ese sentido— es o no fungible.

Barassi lo cuestiona al decir que la fungibilidad de la prestación puede considerarse bajo un doble perfil: Por un lado, como posibilidad de sustitución de la persona obligada a efectuar la prestación, y por otro, como posibilidad de sustitución de los diversos comportamientos comprendidos en una obligación de trabajo de contenido genérico (79).

A ello, algún autor como Grandi responde negativamente (80), considerando que la analogía entre la fungibilidad de las cosas, determinadas sólo en el género y fungibilidad de los múltiples comportamientos es meramente extrínseca (81), ya que «mientras el concepto de *genus* se refiere a una pluralidad homogénea de cosas, entre sí fungibles, en cuanto idénticas bajo el perfil económico-social, la pluralidad de operaciones de trabajo, comprendida en una prestación de obras de contenido genérico, es una pluralidad heterogénea, en cuanto que cada operación está provista de su individualidad y no es sustituible por otra, salvo consentimiento del acreedor de trabajo» (82); a ello añade que no subsiste una relación de fungibilidad entre los varios comportamientos que forman *l'oggetto complessivo dell'obbligazione lavorativa* (83).

De cualquier modo, este mismo autor admite que existen graves dudas respecto a configurar la prestación de trabajo como *objetivamente* infungible, aflorando las viejas tendencias de considerarla tan sólo *subjetivamente* infungible (es decir, sin posibilidad de cumplimiento por un tercero) (84), con-

(79) Vid. *Teoria generale della obbligazioni*, I, Milano, 1946, págs. 206-207.

(80) *La prestazione...*, cit., págs. 471 a 473.

(81) La misma opinión sostiene GIUGNI: *Mansioni...*, cit., pág. 110.

(82) Op. cit., pág. 471.

(83) Op. cit., pág. 472.

(84) Así, SCONAMIGLIO entiende la infungibilidad de la prestación de trabajo, en el sentido de que el trabajador debe cumplir con el empeño de «su propia persona»; en *Diritto del lavoro*, Bari, 1969, pág. 110.

En el contrato de obra, por el contrario, tal infungibilidad subjetiva está más atenuada (salvo la consideración personalísima del ejecutor) a pesar del resultado espe-

cluyendo, de modo impecable, a mi juicio, que «la infungibilidad de la prestación no puede considerarse una cualidad constante y necesaria en la obligación de trabajo; ... emergiendo, sin embargo, como elemento típico de la obligación de trabajo la *personalidad* del cumplimiento, es decir, la naturaleza personal de la actividad dirigida a la actuación del contenido de la obligación de trabajo» (85), hasta el punto que, la *utilitas*, implicada en la obligación de trabajo, consiste, precisamente, en «el perdurable empeño personal del trabajador, *independientemente del contenido objetivo de la prestación debida* y, por tanto, del carácter más o menos infungible del *facere* abstractamente considerado» (86).

En resumen, estoy de acuerdo en que la infungibilidad de la prestación de trabajo puede predicarse con más firmeza en el aspecto *subjetivo* (no sustitución de la persona), que en el *objetivo* (no sustitución de los diversos comportamientos), y ello porque en este último se da una relatividad en razón de los varios quehaceres que engloba el objeto de la obligación, el trabajo propio de la categoría profesional. Ocurre asimismo que el poder de conformación del acreedor de trabajo que se desenvuelve en la facultad de elección, supone una desviación del régimen jurídico común del cumplimiento en las obligaciones genéricas, en las que la elección reside en el ámbito del deudor.

Pero si el deudor de trabajo *desea cumplir* y su cumplimiento sólo puede incidir en algunos parciales comportamientos —y no en todos— de los que integran su obligación contractual, puede darse la obligación, por parte del acreedor, de aceptar tal cumplimiento. Y ello por dos razones; la primera *la tendencia al cumplimiento* de todas las obligaciones, y la segunda, porque en la concreta de trabajo la *profesionalidad* del trabajador que trae consigo la tendencia a la estabilidad en el empleo, es un dato importante, no sólo en el aspecto humano y social, sino incluso en el jurídico, puesto que toda la ley de Contrato de trabajo está imbuida del espíritu de perduración del vínculo contractual.

En otras palabras, que una cosa es que el trabajador no se *libere*, eligiendo los diversos comportamientos, ya que tal facultad reside en el acreedor de trabajo, y otra que ante la imposibilidad parcial sobrevenida, no deba acep-

cífico que se pretende. Vid., sobre el tema, CATTANEO: *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, pág. 81. SANTORO-PASARELLI: *Professioni intellettuali*, en «Novissimo Dig. italiano», Torino, 1967, XIV, pág. 25.

(85) *La prestazione...*, cit., pág. 483.

(86) Op. cit., pág. 484. Este mismo autor resalta justamente cómo la concepción de la personalidad de la prestación de trabajo ya propugnada por LOTMAR tiene el gran mérito de restituir el trabajo al hombre, no considerando a éste como mero productor de energía.

tarse por el acreedor la *reducción* de posibles comportamientos y, por ende, la *voluntad* de cumplir del trabajador. En este aspecto interesa retener la opinión de Mengoni, según el cual la imposibilidad parcial se configura tan sólo en relación a la *cantidad* y no a la *calidad* (87). Es decir, que puede seguirse hablando de *cumplimiento*. Sin embargo, no veo hoy por hoy, y con base en nuestro Derecho positivo, razón jurídica que apoye la *obligatoriedad contractual* de tomar al trabajador afectado por la imposibilidad sobrevenida, para trabajos propios de distinta categoría profesional, y aunque pueda ejecutarlos con perfección. Para ello están las normas, ya citadas, de asunción obligatoria de los trabajadores minusválidos. Concretamente y dentro del ámbito contractual, en el supuesto de los chóferes a que la Resolución se refiere, si tras la privación de los permisos D o E, poseen permisos de conducción B o C, entiendo en virtud de las consideraciones reseñadas, que sería dudosa la procedencia del despido por ineptitud y que, por el contrario, procedería su trabajo como conductores de los vehículos que pueden circular con los permisos últimamente citados (88). Y el ejemplo puede generalizarse a todos los casos semejantes.

3

INEPTITUD Y DESEMPLEO

La Resolución de la Dirección General de la Seguridad Social de 9 de octubre de 1970, que motiva este artículo, es plenamente consecuente con la anormalidad que supone encajar la ineptitud entre las causas de despido del artículo 77 de la ley de Contrato de trabajo. Por ello, y además de suponer una mejora en la situación de quienes podrían quedar desamparados injustamente en su desempleo (89), es digna de loa en pura técnica jurídica. Pero interesa reseñar que lo dispuesto en la Resolución supone una notable ex-

(87) En *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, dentro del vol. «Il contratto di lavoro nel diritto dei Paesi membri della CEECA», Milano, 1966, pág. 486.

(88) El hecho de que la Empresa no tuviera trabajo para ello no va en contra de lo afirmado, pues en tal caso debería procederse como en todos los supuestos en que ocurra lo mismo, es decir, por la vía del expediente de «crisis» —si son de plantilla— o, como ahora se denominan, de «regulación de empleo».

(89) Sobre los problemas que el desempleo plantea y sus remedios pueden consultarse los recientes estudios de ALONSO OLEA: *Política de empleo, desarrollo y recursos humanos*, y VIDA SORIA: *Desempleo y crisis: Problemas y normas de seguridad social*. Ambos en «Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor...», cit., págs. 343 y 235.

cepción al régimen establecido en la Orden de 5 de mayo de 1967, puesto que viene a decirse que se percibirán prestaciones de desempleo en el supuesto (contemplado) de *despido procedente*. Y ello, con base en que tal despido *no es imputable* al interesado. Es decir, que salva el formalismo y se atiene a lo real. Ello me inclina a pensar si no sería conveniente ampliar el contenido de la Resolución a todos los supuestos de ineptitud, en que no pueda predicarse la imputabilidad de conductas y con excepciones, como la marcada taxativamente en el artículo 4.º, 4 de la Orden de 5 de mayo de 1967, sobre inhabilitación profesional por sentencia firme.

Claro que para ello sería previo eliminar la ineptitud de las causas de despido disciplinario y encuadrarla —con limitaciones que señalé al tratar de la fungibilidad de la prestación—, entre las formas de extinción del contrato independientes de la voluntad de los trabajadores y con un régimen más benévolo, por tanto.

En definitiva, que con todo lo que antecede, tan sólo he pretendido entrar en un tema como el de la ineptitud que me parece contiene interesantes posibilidades de investigación con evidente alcance práctico, y que bien puede calificarse como «zona sísmica» del Derecho del trabajo y aunque no sea la única (90).

JUAN ANTONIO SAGARDY BENGOCHEA

(90) El término de «zona sísmica», que me parece muy expresivo, lo utiliza SMURAGLIA: *La persona...*, cit., pág. 224.