

TRABAJO EFECTUADO POR:

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

*Profesor titular interino de Derecho del Trabajo.
Facultad de Ciencias Sociales. Universidad de Jaén*

ACCÉSIT PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 1995

Sumario:

- I. «Crisis» y «cambio» del «sistema de Derecho» del Trabajo: el tiempo de las contradicciones y lagunas jurídicas.
 1. La «negativa» judicial a calificar como nulo el despido disciplinario «en fraude de ley»: un panorama legislativa y jurisprudencialmente confuso.
 2. Flujos evolutivos y reflujos involutivos en la tutela frente a los despidos «en fraude de ley»: el significado de «contra-reforma» de su recalificación judicial.
 3. Nuevos argumentos a favor de la devolución en vía interpretativa de plena carta de naturaleza normativa al despido nulo por fraude de ley en el Derecho vigente.
- II. Los términos del problema interpretativo sobre la calificación del despido «fraudulento»: el fraude de ley como cuestión de límites a la autonomía de la voluntad.
 1. El problema calificativo en el plano de la política estatutaria de revitalización de la «autoridad» empresarial: el equilibrio de razones del artículo 51.1 *in fine* del ET.

- 1.1.a) Una jurisprudencia conforme a la lógica económica subjetiva del mercado: el despido como técnica de gestión empresarial.
 - 1.1.b) Del paradigma exclusivamente técnico de la racionalidad empresarial al paradigma normativo: la coexistencia de razones opuestas como *ratio legis* del artículo 51.1 *in fine* del ET.
2. Los términos de la cuestión en el plano técnico: la calificación del despido fraudulento como problema de integración de una laguna jurídica en sentido propio.
 - 2.1.a) Conceptualización judicial del artículo 55.5 del ET como explícita «norma particular de inclusión» y como implícita «norma general de exclusión» de otros despidos sancionables con la nulidad: consideraciones críticas.
 - 2.1.b) Conceptualización legislativa del artículo 51.1 *in fine* del ET como «norma particular de inclusión» y del artículo 4.º 1 del CC como «norma general de inclusión» de supuestos análogos de nulidad del despido fraudulento.
- III. Recomposición legislativa de la equivalencia despido fraudulento igual a nulidad: razones jurídicas para una aplicación analógica del artículo 51.1 del ET al despido disciplinario.
1. El tipo normativo sancionado por el artículo 51.1 *in fine* del ET: conductas empresariales extintivas anómalas en el procedimiento y en la causa.
 2. La singular «naturaleza jurídica» de la sanción de nulidad prevista en el artículo 51.1 del ET: la tutela mediata de intereses colectivos como razón de ser del precepto.
 3. El principio de estabilidad «real» en el empleo como «norma eludida» en las hipótesis más típicas de «fraude laboral»: la verificación legislativa en el artículo 51.1 del ET.
 4. El valor legal doctrinalmente clarificador y políticamente garantista pero jurídicamente declarativo y no constitutivo del artículo 51.1 *in fine* del ET.
- IV. Un espacio propio para el fraude de ley en la ordenación de la nulidad del despido disciplinario: valoración y sanción de su antijuridicidad conforme al paradigma del artículo 6.º 4 del CC.
1. Absorción en la calificación legislativa de improcedencia de la sanción civil ex artículo 7.º 2 del CC: el abuso como instrumento para actuar un comportamiento fraudulento en el ejercicio de la facultad resolutoria ex artículo 54 del ET.
 2. Un «plus» de antijuridicidad de los despidos fraudulentos: crítica de la tesis que identifica *sict et simpliciter* el *in fraudem legis agere* con el *contra legem agere*.

«La *Justicia* se ha de realizar en el *Derecho positivo*; éste, a su vez, para llegar a ser tal Derecho, ha de hacerse real, creando el *orden jurídico*».

F. DE CASTRO. *Derecho civil de España*.

I. «CRISIS» Y «CAMBIO» DEL «SISTEMA DE DERECHO» DEL TRABAJO: EL TIEMPO DE LAS CONTRADICCIONES Y LAGUNAS JURÍDICAS

1. La «negativa» judicial a calificar como nulo el despido disciplinario «en fraude de ley»: un panorama legislativa y jurisprudencialmente confuso.

Cuando la denominada legislación de reforma del «mercado de trabajo» cuenta con poco más de un año y medio de vigencia -naturalmente nos referimos a su contenido sustancial o núcleo duro, puesto que, como es sabido, aunque con extensión e intensidad de más limitada o controlada, la reforma laboral aviva una llama de cambios que no cesa- forma parte ya de los *topois* de la doctrina ius-laboralista enfatizar la enorme «envergadura» que tales cambios presentan, hasta el punto de generalizarse ya el convencimiento de que se ha producido una auténtica mutación en el equilibrio normativo e institucional presente en el edificio lenta y fatigosamente construido por la disciplina jurídica del trabajo subordinado. De tal magnitud sería la sacudida de esta reforma que, a tenor de las primeras intuiciones de algunos de los actuales maestros de la disciplina, es posible incluso pensar ya en la apertura de una «nueva etapa», tendencialmente superadora del paradigma o tipo «clásico» de ordenación de las relaciones de trabajo (1). No puede en absoluto sorprender, desde esta

(1) Cfr. E. BORRAJO DACRUZ, «¿Reforma laboral o nuevo Derecho del Trabajo?». *AL*, núm. 34. 1994, pág. 54 y ss. También M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «Derecho del Trabajo y empleo». *RL* 1994-I.

perspectiva, que puesto que este «espíritu nuevo» se abre paso a través del «corpus normativo» o «entramado jurídico tradicional», las «contradicciones, incongruencias, ambigüedades, cuando no lagunas jurídicas» serán datos constantes en el «momento de la interpretación y de la aplicación a la vida real» (2).

De esta manera, y si se recuerda -como hace la propia Exposición de Motivos de la Ley 11/1994, de 19 de mayo- que uno de los aspectos nucleares, y por eso mismo más delicados, de los ordenamientos laborales es la regulación de las causas de extinción de la relación laboral a iniciativa del empresario, es decir, según la actual evolución doctrinal y jurisprudencial, la ordenación jurídica del despido, se comprende fácilmente que, precisamente, sea esta institución una de las más afectadas por este doble fenómeno de innovación y a la vez de incoherencia jurídicas. No en vano es en esta fase de gestión de la relación laboral en la que se muestra con mayor radicalidad las tensiones entre los intereses contrapuestos y los poderes asimétricos característicos del Derecho del Trabajo (3), que vendrían a sufrir con la actual reforma un nuevo proceso de redistribución o reequilibrio en cuanto Derecho de la producción o Derecho de la empresa, racionalizador y gestional, desplazando en buena medida los recursos de poder desde el trabajo al capital.

A su vez, no es dudoso que, en el significado global de la reforma, un peculiar relieve ha asumido la modificación de la regulación relativa a las causas de extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, cuyo alcance innovador es mucho más hondo, incluso a nivel de reflexión sobre los propios fundamentos, funciones y finalidades del Derecho del Trabajo contemporáneo. Por tanto, mucho más allá del «espíritu» meramente reformista confesado por el legislador, que coloca «formalmente» la nueva regulación en una perspectiva de continuidad con la legislación anterior, relativizando el alcance de la reforma en esta materia, la práctica unanimidad de la, por otro lado ya abundantísima, doctrina que se ha ocupado de este tipo de «despidos» subraya cómo el significativo distanciamiento de la normativa actual respecto de la precedente, no sólo implica la introducción de relevantísimas innovaciones normativas sino también, y en plena línea con los principios cardinales o fundamentales de un «nuevo» Derecho Laboral, la confirmación de un trascendental cambio de concepción (4).

(2) Cfr. E. BORRAJO, *op. ultim. cit.*, pág. 549.

(3) Que, aunque renovada, sigue siendo un elemento esencial de toda reflexión actual sobre el Derecho del Trabajo. *Vid.*, para la posición clásica G. BAYÓN CHACÓN, «Significado económico y social del despido». En AA.VV. Dieciséis lecciones sobre causas de despido. Madrid, 1969, pág. 27 y ss. *vid.*

(4) Cfr., E. BORRAJO DACRUZ, *op. ultim. cit.*, pág. 546, que pese a poner de relieve cómo la redacción del artículo 51 todavía manifiesta parte del espíritu tuitivo del Derecho del Trabajo clásico, ha afirmado rotundamente que «ya se apunta un cambio de talante... Precisamente, subraya el mayor alcance de esta normativa pese a la declaración continuista del legislador». S. DEL REY «Los despidos por "causas empresariales" y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma [arts. 51 y 52 c) del Estatuto de los Trabajadores]». En F. VALDÉS-M.^a EMILIA CASAS, «La reforma del Estatuto de los Trabajadores». Monográficos *RL* 1994, pág. 168. También insiste sobre la profundidad de las reformas F. VALDÉS DAL-RE, «Los despidos por causas económicas». En id. (coord.). *La Reforma del mercado laboral*. Lex Nova. Valladolid, 1994, pág. 395 y ss.

Sin embargo, todavía un mayor protagonismo se debe conceder, en nuestra opinión, a las reformas -que no creemos exagerar si las calificamos de radicales- «sufridas» por la «institución» del despido por causas disciplinarias, puesto que los cambios no sólo afectan a la calificación judicial de tal tipo de despido sino que, además, y pese a que ello no ha merecido aún la detenida atención que merece por la doctrina, todavía no totalmente consciente del alcance auténticamente convulsivo y netamente involutivo de la reforma, *modifica sensiblemente, sea la propia conceptualización dogmática, sea los propios rasgos conformadores del modelo constitucional, sin duda existente y todavía -que se sepavigente, de despido como acto causal y como acto formal* (5). En este sentido, si es cierto que por todos y cada uno de los «poros» del nuevo «cuerpo» normativo transpira la idea fuerza que informa la nueva fase histórica del ordenamiento jurídico del trabajo subordinado, la configuración de la empresa como «un valor en alza» y, consecuentemente, el primado de los valores de la eficiencia económica y a las razones del beneficio empresarial, esta transpiración aparece particularmente intensa en la nueva normativa del despido disciplinario que, en el marco de una más vasta atenuación del paradigma propio del garantismo jurídico clásico, pone efectivamente en discusión una parte sustancial del adquirido patrimonio garantista legislativo gradualmente consolidado en esta materia (6).

Pero es, sin duda, dentro del despido disciplinario, la figura del despido nulo la que acumula en tiempos recientes las más numerosas, profundas y vertiginosas mutaciones en su conceptualización y régimen jurídicos, sea como consecuencia de significativas intervenciones innovadoras y «reformistas» a cargo de la jurisprudencia, sea a raíz de una pluralidad de reformas por parte del legislador laboral. En consecuencia, emerge un *panorama extremadamente complejo y confuso*, en cuanto caracterizado por una amplia serie de contradicciones, incoherencias, ambigüedades, aporías e incluso lagunas jurídicas, que dificultan enormemente cualquier intento de (re)sistematización conceptual y normativa, aunque, precisamente por ello, resulta particularmente necesario y urgente una tarea doctrinal orientada a reconstruir un concepto propio del despido nulo y a recuperar, hasta donde sea posible, la unidad institucional que esta figura, nuevamente en un contexto más amplio de diversificación de las reglas del Derecho contemporáneo en general y del Derecho del Trabajo en particular, ha venido progresivamente perdiendo (7).

-
- (5) Para una breve pero eficaz llamada de atención sobre la radicalidad de estas modificaciones *vid.* M.^a EMILIA CASAS, «Irregularidad formal, fraude de ley y nulidad del despido disciplinario». Editorial *RL* 1994, núm. 24. Un extenso y detenido examen de la evolución histórica de los diferentes sistemas normativos de regulación del despido individual, con particular referencia a la institución del despido nulo en nuestro país en J.L. MONEREO PÉREZ-M.^a NIEVES MORENO VIDA. *Forma y Procedimientos del despido disciplinario. El despido nulo*. En E.BORRAJO (coord.). *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*. Tomo II. El despido. Edersa, 1994, págs. 189 y ss. Para una más detenida fundamentación de la crítica desde la legalidad constitucional de la reforma de la calificación del despido nulo por razones de forma nos permitimos reenviar a nuestro trabajo "Formalismo" jurídico, "democracia" en la empresa y tutela de la persona: la nueva configuración legal del despido disciplinario sin forma», *REDT*, núm. 70, pág. 187 y ss.
- (6) *Cfr.* A. JEAMMAUD, «Droit du travail 1988: des retournements, plus qu' une crise». En *Droit Social* 1988, pág. 583 y ss. En general para la crisis del garantismo jurídico y del propio principio de legalidad y de legitimidad del Estado social, proponiendo una nueva teoría general del garantismo jurídico adecuada al Estado social *vid.* L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*. Laterza, 1989 (hay traducción al castellano reciente).
- (7) Pone de relieve la inexistencia de un «concepto propiamente dicho del despido nulo», limitándose a «reseñar los supuestos en los que el Juez ha de declarar la nulidad del despido», establecidos en los precedentes artículos 55 del ET y 108.2 de la LPL, dando a entender una pluralidad que no es fácilmente unificable, la STSJ MADRID, de 8 de febrero de 1994, Ar. Soc. 835. En la doctrina ya se ha puesto de relieve la «progresiva pérdida de unidad de la institución del despido nulo». *Cfr.* J.CRUIZ VILLALÓN, «Régimen jurídico del despido nulo». En AA.VV. *La extinción del contrato de trabajo*. Madrid, 1992, pág. 54.

En esta dirección, si ciertamente la figura del despido nulo nunca se ha caracterizado en nuestro ordenamiento jurídico por una plena claridad de sus rasgos definitorios, ni en lo relativo a las causas determinantes de tal calificación ni, sobre todo, en lo relativo a sus efectos, en clara contradicción con la conceptualización privatista, de modo que -y la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) de 1980 habría sido un clarísimo ejemplo- las fronteras con el despido improcedente sólo a duras penas aparecían deslindables, no menos cierto resulta que, en los últimos años, es posible registrar un profundo movimiento hacia su diversificación normativa, que obstaculiza todavía más si cabe la posibilidad de perfilar una institución significativamente unitaria, conceptual y normativamente (8). Una notoria tendencia a la disolución de cualquier imagen unitaria en la que han venido a coincidir dos procesos evolutivos opuestos:

- a) *Un proceso en dirección expansiva*, relativo a la progresiva ampliación, legislativa y judicialmente, de los comportamientos resolutorios debidos a la actividad empresarial que admitían una calificación de nulidad, y que -pese a un difundido convencimiento en contrario- culmina con la reforma de la LPL de 1990, puesto que no sólo confirma plenamente la doble tipología normativa sucesivamente decantada en nuestro Derecho positivo -nulidad por razón de la forma, según una formulación tradicional, nulidad por razón de la causa (ausencia o ilicitud), según una orientación más moderna ya alumbrada en la redacción originaria del Estatuto de los Trabajadores- sino que, además, profundiza en esta dualización: tanto se procede a extender los supuestos relativos a las irregularidades de forma como aquellos relativos a razones de fondo (9).
- b) *Otro proceso en dirección restrictiva*, acorde con el más general «espíritu del tiempo» que impulsa una revisión a la «baja» de los *standars* de garantías. Un neto retroceso que, sin embargo, lejos de ayudar a clarificar definitivamente los confines con el despido improcedente viene a introducir mayor confusión y perplejidad, puesto que, por un lado, la improcedencia ahora pasa a abarcar supuestos relativos a irregularidades formales, pero, al mismo tiempo, se mantienen otros supuestos de nulidad por vicios de forma -art. 53.4 ET en la redacción del R.D.Leg. 1/1995, de 24 de marzo, referente a los despidos por causas objetivas; art. 124 LPL en la redacción del R.D.Leg. 2/1995, de 7 de abril, respecto del despido colectivo realizado sin autorización administrativa (10)-.

(8) De ahí que adquiera plena actualidad un análisis diacrónico o histórico de esta figura en nuestra legislación de los últimos tiempos. Para diversos intentos de reconstrucción en la legislación tradicional española siguen siendo de interés los conocidos estudios de J.M. ALMANSA PASTOR, *El despido nulo*, Tecnos, Madrid, 1968; B. BLASCO SEGURA, *El despido nulo en el derecho del trabajo español*. En III Coloquio sobre relaciones laborales, Universidad de Zaragoza, 1983.

(9) A propósito de esta reforma profunda experimentada con la LPL de 1990 *vid.* por todos M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, «Las principales novedades del proceso ordinario y de las modalidades procesales: en especial, la de despido». En R.A. ALARCÓN CARACUEL (coord.), *Estudios sobre la Ley de Procedimiento Laboral de 1990*. Marcial Pons, Madrid, 1991, pág. 99 y ss.

(10) Lo que no deja de ser significativo desde el punto de vista de la política legislativa y de la actividad interpretativa, aunque para una doctrina autorizada «este continuismo normativo resulta, sin embargo...más aparente que real; al menos en su concreción aplicativa...», calificándolo como un supuesto de «nulidad marginal». *Vid.* F. VALDÉS DAL-RÉ, *Los despidos por causa económica*. En id. (coord.), *La reforma del mercado laboral*. Lex Nova. 1994, pág. 426.

De esta manera, un adecuado estudio del alcance real o efectivo del significado de la reforma debería realizarse a través de un examen detenido de las dos figuras que ofrecen actualmente las más altas cotas de problematización: los despidos sin forma o forma irregular y los despidos en «fraude de ley» y/o «abuso de derecho». En esta investigación, sin embargo, nos vamos a centrar únicamente en los segundos. Así, por lo que refiere a los primeros, será suficiente para la economía de nuestra argumentación sumarnos al juicio recientemente emitido sobre este reflujo legislativo, según el cual la reforma «arroja, pues, en este punto, un saldo negativo: a su incoherencia, al romper el tratamiento de la forma en los distintos tipos de despido y en las sanciones empresariales, se añade su inutilidad y su elevada problematización» (11).

2. Flujos evolutivos y reflujos involutivos en la tutela frente a los despidos «en fraude de ley»: el significado de «contra-reforma» de su recalificación judicial.

Ahora bien, es sin duda respecto del segundo grupo donde más profundamente puede analizarse, en el plano de la hermenéutica jurídica, el significado y alcance reales o efectivos de la reforma respecto de la corrección o no del difundido convencimiento doctrinal, y sobre todo jurisprudencial, del carácter cerrado o de *numerus clausus* de la enumeración legislativa de los supuestos de nulidad que, ya verificado en la técnica *per relationem* seguida por la redacción dada al artículo 108.2 de la LPL por el legislador de 1990, parecería confirmarse plenamente en su actual redacción contenida en el R.D.Leg. 2/1995 -corolario procesal del nuevo art. 55.5 ET-. Sin embargo, como trataremos de acreditar, esta verificación es más aparente que real, fruto sólo de una inicial impresión derivada de una primera y superficial lectura de los preceptos procesales y estatutarios que, empero, no encuentra refrendo o apoyo firme, o al menos definitivo, en el ordenamiento jurídico vigente en el momento de la redacción de la LPL de 1990, ni tampoco, pese a la devaluación legislativa de la nulidad del despido disciplinario por razones formales, en el actual Derecho positivo propugnado por la reforma introducida por la Ley 11/1994 (12).

En esta dirección, ambos procesos evolutivos -expansivo, recesivo- quedan paradigmáticamente reflejados en la evolución histórica de este particular tipo de despido nulo de cuño jurisprudencial -en cuanto obedece de manera directa e inmediata al «momento judicial» de creación y desarrollo del Derecho-, aunque ahora debida a la actividad del Tribunal Supremo (TS). En efecto, aprovechando el impulso expansivo insuflado por la figura de «nulidad radical» acuñada por la jurisprudencia constitucional, respecto de la lesión de derechos fundamentales, la Sala de lo Social del TS individualizó un nuevo fundamento legal para incrementar los supuestos típicos de nulidad: *ni en la norma constitucional*, pese al creciente recurso a violaciones constitucionales que en la evo-

(11) Cfr. M.ª E. CASAS, «Irregularidad formal, fraude de ley y nulidad del despido disciplinario». Editorial *RL* núm. 24. 1994, pág. 9. Ahora en AA.VV., *Reforma de la legislación laboral*. Homenaje al profesor ALONSO GARCÍA. Marcial Pons. 1995. Una crítica más detenida en nuestro trabajo ya indicado «Formalismo jurídico...», *op. cit. passim*.

(12) Cfr. M.ª E. CASAS, *op. ultim. cit.*, pág. 10.

lución de esta figura se irá produciendo progresivamente, en particular respecto de los artículos 35 y 24 de la Constitución Española (CE) (13), *ni en la legislación laboral*, pese a que en ella podrían registrarse datos para el alumbramiento de la nueva figura, sea en relación a los lesivos de derechos fundamentales (art. 17.1 ET), sea respecto de aquéllos por fraude de ley (art. 55.6 ET, relativo al despido de un trabajador con el contrato suspendido) (14), *sino en los preceptos del Derecho privado común*, a través de una aplicación supletoria de «cláusulas generales» recibidas en los preceptos del Código Civil, el «Fraude de Ley» (art. 6.º 4.) y/o el «Abuso de Derecho» (art. 7.º 2) (15).

Ahora bien, verificando una vez más que el Derecho del Trabajo aparece más como un escenario más propicio para la experimentación de las ideas de contradicción y de fluidez o cambio continuos - propugnando una ley de composición del orden jurídico semejante en buena medida a aquella propuesta varios milenios atrás para el orden natural por Heráclito- que para la afirmación de la idea de estabilidad y permanencia -según la opuesta ley racional del orden natural afirmada por Parménides, y que ha constituido una constante en la más aquilatada tradición cultural de las distintas esferas de pensamiento y áreas de saber, incluido, por supuesto, el pensamiento y saber jurídicos de la civilización occidental (16)-, también es posible registrar una visible tendencia hacia la «depreciación» o «devaluación» de la figura del despido fraudulento. En esta dirección, es perfectamente conocido que la doctrina del TS, se había venido decantando por una posición cada vez más restrictiva respecto de la calificación como nulos de los despidos fraudulentos, hasta considerarla como figura «excepcional y extrema», de modo que su existencia sólo deberá apreciarse por el órgano juzgador cuando concurren dosis tan elevadas de arbitrariedad en la actuación empresarial que

-
- (13) Con los que ciertamente mantiene poderosas vinculaciones aunque tiene un espacio propio de operatividad, pese al confusiónismo existente judicialmente, si bien se explica por la interpretación que se hace -correctamente- de estas normas en atención a los principios constitucionales. Esta vinculación, en la medida en que ambos casos supondrían la inexistencia de causa, *vid.*, STSJ CANARIAS/Santa Cruz de 20 de abril de 1994, Ar. Soc. 1628, que pese a entender que ya no es posible la aplicación de la teoría del despido nulo por fraude, siguiendo la STSJ VALENCIA de 21 de septiembre de 1993. Para una crítica de este confusiónismo *vid.* M.ª E. CASAS *op. loc. ultim. cit.* En general, para un estudio de síntesis de la nulidad de los despidos con móvil discriminatorio o atentatorio a derechos fundamentales *vid.*, A. PEDRAJAS, *Despido y derechos fundamentales*. Trotta. Madrid, 1992, pág. 160 y ss.
- (14) Como se ha observado correctamente, la razón de esta calificación -hoy reconvertida también en improcedente con la reforma de la Ley 11/1994- es que en tal situación o hay hechos ciertos que justifiquen la extinción o la imputación de los hechos es una mera ficción, por lo que en consecuencia estaríamos ante un supuesto en cuyo fondo subyace la nulidad por fraude de ley. *Cfr.* M. GARCÍA FERNÁNDEZ, *Configuración judicial del despido radicalmente nulo...*, *op.cit.*, pág. 46.
- (15) De particular interés, entre la múltiple bibliografía que esta figura ha generado, el estudio del profesor A. OJEDA AVILÉS, que subraya con especial fuerza el profundo significado del recurso judicial a preceptos del Código Civil. *Vid.*, «Los despidos radicalmente nulos por fraude de ley». *RL* núm. 24, 1987. También M. GARCÍA FERNÁNDEZ, «Configuración judicial del despido radicalmente nulo por discriminación y fraude de ley», *AL* núm. 4, 1990.
- (16) Residenciada fundamentalmente en la fuerte penetración hasta hoy ejercida por la tradición del pensamiento de Platón y del método de Aristóteles, pese a la fuerte erosión a la que en este siglo viene sometida por el creciente desarrollo del denominado «pensamiento débil» y de la denominada «ontología del declinar», fundamentalmente inspirados en el convulsivo pensamiento de filósofos como Nietzsche y Heidegger, y que no ha dejado de influir en la más reciente evolución de la hermenéutica en general, y, aunque en menor grado, de la hermenéutica jurídica en particular. *Vid.*, para una amplia exposición los diversos trabajos de G. VATTIMO recogidos en *Más allá del sujeto y Ética de la interpretación*.

«atente a los más elementales principios que informan el ordenamiento laboral». Línea hermenéutica restrictiva que parecería haber encontrado su culminación final en la más reciente jurisprudencia del Alto Tribunal, derivada de los recursos de casación para unificación de doctrina, al considerar que, en el estado actual del ordenamiento jurídico laboral, «no tiene cabida en la legislación procesal, ni siquiera con el carácter excepcional o extremo con que era admitido bajo el imperio del derogado Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral» (17).

En consecuencia, vendría a confirmarse una inclinación a ofrecer una solución negativa que, con la nueva normativa laboral, debería considerarse definitivamente contrastada, verificada y consolidada en el Derecho vigente, dada la concepción extraordinariamente limitada o restrictiva de los supuestos de despido disciplinario sujetos a eventuales calificaciones judiciales de nulidad, reducidos únicamente «al despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador» (arts. 55.5 ET, Texto Refundido aprobado por R.D.Leg. 1/1995; 24.3 y 108.2 LPL, Texto Refundido aprobado por R.D.Leg. 2/1995). Línea restrictiva que, además, en el sentir de esta orientación, ya estaría igualmente presente en la reforma procesal operada en 1990 (Texto Articulado aprobado por R.D.Leg. 521/1990, art. 27.4), puesto que la lista de supuestos contenida en la anterior redacción del artículo 108.2 de este TALPL debería considerarse como una enumeración cerrada (18).

Sin embargo, en nuestra opinión, esta respuesta incondicionadamente negativa dista mucho de ser la realmente -o al menos la única- resultante de un examen más profundo y riguroso del Derecho positivo reciente. Si esta orientación ya carecía de un efectivo soporte normativo y sistemático con anterioridad a la reforma, después de ella, -y aunque pueda parecer paradójico- esta falta de anclaje y apoyo aparece mucho más nítida, puesto que la legislación reformista suministra importantes novedades normativas que obligan a una significativa interpretación correctora de aquella orientación judicial. En particular, la «regla» prevista en el artículo 51.1 *in fine* del nuevo ET -R.D.Leg.1/1995- [y el correlativo art. 122.2 d) LPL, Texto Refundido], pese a encuadrarse en el régimen de los despidos por causa económica, posee un valor de principio sistemático y un alcance general, contradiciendo la exclusión judicial de la «sanción» de nulidad del despido disciplinario «en fraude de ley» que, antes al contrario, resulta «estrictamente» exigida por la Ley y el Derecho (la declaración de nulidad como imperativo de una interpretación *secundum legem*, *secundum ius* y *secundum iustitiam*).

De ahí que, desde esta perspectiva -y como veremos con mayor profundidad- si se acepta que ni el artículo 108.2 de la LPL, ni tampoco el actual artículo 55.5 del ET, pese a una contraria apariencia, tienen un carácter cerrado o taxativo, según acredita una razonada y razonable interpreta-

(17) Cfr. STS de 19 de enero de 1994, Ar. 352, siguiendo de esta manera la tesis ya apuntada en la STS de 30 de noviembre de 1991, Ar. 8425 y hecha patente por la STS de 2 de noviembre de 1993, Ar. 8346.

(18) STS de 14 de enero de 1994 *cit.* Fundamento Jurídico 3.

ción teleológica y sistemática (art. 3.º 1 CC) de tales preceptos, resulta indiscutible el *significado contrarreformista* de la última orientación negativa del TS, cuyo alcance es claramente flexibilizador del sistema de garantías de la estabilidad real frente al despido injustificado, dando impulso a un nuevo principio jurídico del Derecho del Trabajo propugnado por las leyes de reforma en múltiples facetas -aunque no respecto de la sanción de los comportamientos en fraude de ley, como veremos- de la gestión de la relación laboral, el principio de favor hacia el empresario (*principio pro domino*) (19).

En efecto, de tales preceptos no puede deducirse en modo alguno que sólo los supuestos específicamente contemplados en su letra sean los únicos susceptibles de calificarse como nulos. En primer lugar, por una razón estrictamente legislativa, centrada en el hecho de que en la misma ordenación estatutaria -y correlativa procesal- aparecen dispersos otros supuestos diferentes. En segundo lugar, por una razón sistemática, en la medida en que, al margen de esta regulación legislativa, teniendo en cuenta que el legislador laboral no descarta en ningún momento el juego supletorio que, con carácter general, proyecta el CC, así como de la aplicabilidad directa e inmediata de la normatividad propia de las disposiciones de su Título Preliminar, determinantes de los efectos de las leyes y reglas generales para su aplicación, no puede dudarse de la aplicabilidad directa e inmediata del contenido normativo del artículo 6.º 4 del CC. Pero es que, además, tampoco podrían haberlo hecho, porque ni el legislador delegado estaba habilitado para ello por la ley delegante, que antes al contrario apuntaba hacia un objetivo clarificador y racionalizador de los distintos supuestos susceptibles de tal calificación, ni quería «poner entre paréntesis normas de general aplicación, como las ya citadas del Título Preliminar del Código Civil» (20).

Advertencia importante que, sin duda alguna, el propio legislador laboral asume en toda su plenitud como al especificar una norma de carácter interdisciplinar y de amplio valor sistemático, como es el artículo 6.º 4 del CC -auténtica válvula de seguridad y genuina garantía de efectividad del ordenamiento jurídico frente a las permanentes presiones de la práctica social, que actúa como norma de clausura o de cierre normativo del ordenamiento a través de su apertura cognoscitiva hacia su ambiente o contexto social-, en una regla jurídica ordenadora de un determinado tipo de despidos, como es el repetido *artículo 51.1 in fine* del «nuevo» ET. Una expresa concreción del legislador laboral que -igualmente contenida en la nueva redacción dada a otros preceptos estatutarios, como son los arts. 40.1 *in fine* y 41.3, párrafo final-, lejos de constituir un hecho meramente episódico o de valor singular y aislado -o si se prefiere excepcional-, debe considerarse como una nueva confirmación de un proceso de alcance mucho más general y de valor ordinamental -e incluso constitucional-, verificable tanto en la evolución del entero Derecho privado como del Derecho público, particularmente del Derecho Administrativo contemporáneo: el creciente recurso a las cláusulas y/o

(19) Cfr., E. BORRAJO, «Reforma laboral o nuevo...», *op. loc. ultim. cit.*

(20) Cfr. A. BAYLOS GRAU-J. CRUZ-M.ª FERNANDA FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*. Trotta, Madrid, 1991, págs. 300-302. Incluso un autor firmemente partidario de la desaparición de esta figura se ve obligado a reconocer que «si en el pasado se llegó a alumbrar la teoría del despido en fraude de ley, sin una base normativa específica en la LET ni en la LPL precedente, no puede rechazarse la posibilidad teórica de que pudiera continuarse la doctrina jurisprudencial precedente». Vid. V. CONDE MARTÍN DE HIJAS, *Fraude de ley y jurisprudencia*. En *El cambio laboral en la década de los 90*, Espasa-Calpe, Madrid, 1991, págs. 214-215.

principios generales como técnicas de control y gobierno de los poderes, ya sean públicos, ya sean privados, y, en consecuencia, como útiles formas de tutela, frente al ejercicio anómalo o antisocial de tales poderes, de las diferentes posiciones de interés de los diversos sujetos implicados, en cuanto personas, ciudadanos y categorías sociales y económicas «organizadas» en torno a la realización de una determinada actividad del proceso productivo (21).

Una nueva estación de vitalidad de la legislación por cláusulas y/o principios generales que, en cuanto viene a confirmar *iure condito* o *ius positivum* la fundamental e imprescindible función de desarrollo evolutivo del orden jurídico desempeñada por la actividad interpretativa, asignando un indudable valor de creación normativa a la «doctrina legal» (22), como momento de producción e intervención normativas «complementario» de aquel legislativo primordial, en particular hoy desarrollado a través de la legislación especial, viene a abrir una paralela etapa de renovado protagonismo de la función jurisdiccional, tal y como parece acreditar inequívocamente, aunque en un marco diferente, nuestra más reciente experiencia política, social y económica. Pero no por un ansia de protagonismo o de activismo de los Jueces -como es frecuente escuchar o leer hoy tanto en diversos sectores de la opinión pública como en medios o ámbitos «especializados» o profesionales-, sino por una creciente llamada del mismo legislador a regular y «poner orden» en la extrema complejidad y dinamicidad de la vida social contemporánea, que exige una redefinición -que no una, imposible

(21) En el campo del Derecho privado, y en relación particularmente al principio de la buena fe, *vid.* S. RODOTA, «Il tempo delle clausole generali». *Riv. crit. dir. priv.*, 1987. En el Derecho Administrativo *vid.*, T.R. FERNÁNDEZ, *Arbitrariedad y discrecionalidad de la Administración*. Civitas, 1994, que viene a revitalizar la función «refundacional» de los principios generales del Derecho, ahora particularmente a los contenidos en la CE, pero sin olvidar el destacado papel a desplegar por aquellos otros recogidos en una norma cuasi constitucional o materialmente constitucional como el Título Preliminar del CC, en especial de aquellos que guardan una incisiva relación conceptual y operativa con valores sociales constitucionalmente positivizados, como es precisamente el principio y cláusula general de la buena fe. Véase para el amplísimo espacio abierto por el actual Derecho Administrativo, fundamentalmente a través del decisivo relanzamiento operado por la jurisprudencia contencioso-administrativa, a la operatividad de este principio cardinal del ordenamiento jurídico, en cuanto componente estructural básico, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que es una de las más significativas vías de penetración en el Derecho positivo de un sistema de valores que, por decisión de la comunidad social formalmente constituida en legislador constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica, independientemente del ámbito de relaciones, sean públicas o privadas, en que deba realizarse o concretarse. *Vid.*, para el Derecho Administrativo J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*. Civitas, 1989.

(22) Emergiendo nuevos datos significativos -a los que hoy habría que añadir además el creciente proceso de comunitarización del Derecho -también de su rama social- positivo nacional, en la que los Jueces nacionales, como Jueces comunitarios, están llamados a desplegar un creciente protagonismo, en la línea de la que viene desplegando el propio Tribunal de Justicia de la Comunidad- que permiten contestar eficazmente, en el más estricto plano de la técnica jurídica, la rígida y casi monolítica hegemonía todavía hoy desplegada por la tesis contraria asentada sobre uno de los más férreos dogmas de fe jurídica contruidos sobre una concepción mítica, y ahora ya anacrónica en nuestro Estado social de Derecho, del principio de separación de poderes, y que convierte en puramente nominal y formalista, altamente estéril e improductivo, el dilatadísimo y polémico debate en torno a la configuración de la «jurisprudencia» como fuente «formal» del Derecho, cuyo simple planteamiento en los reductivos y mixtificatorios términos de «sí» o «no» (cuando la cuestión es el cómo de esta categoría o tipo de producción normativa) supone lisa y llanamente el más puro desconocimiento de la realidad, ubicando el horizonte evolutivo marcado por el sistema constitucional de fuentes a su espalda. *Vid.*, recientemente para la constatación de este desfase F. GALGANO, *La giurisprudenza nella società post-industriale*. Contratto e Impresa, 1989, págs. 361 y 362.

e inconveniente, supresión o sustitución- del principio de separación de poderes en términos de una correcta y equilibrada colaboración (*principio moderno de la balanza o equilibrio de poderes*), haciendo partícipe a la jurisprudencia, aunque «a su manera» vinculada y en sus «justos» términos, en la contemporánea forma de gobierno de la economía y la sociedad del «bienestar» o del Estado social.

En esta dirección, no resulta en modo alguno ocioso recordar que, por un lado, la formulación legislativa de la cláusula general del fraude de ley resulta estrechamente condicionada y se vincula estrictamente a las propias transformaciones que han venido afectando a las fuentes del poder normativo y a las características y función de las leyes, así como a la propia evolución de la hermenéutica jurídica contemporánea, y de sus métodos de comprensión y técnicas de interpretación del Derecho, primando el criterio finalista y la dimensión «espiritualista» (art. 3.º 1 CC en relación a los arts. 1.º 1, 9.º 2 y 10.1 CE), en el Estado Social y Democrático de Derecho. Y por otro lado, igualmente conviene ahora clarificar que el alcance o significado de la cláusula legislativa del fraude de ley y, en consecuencia, las más autorizadas construcciones dogmáticas de la misma, se inserta plenamente en las propias transformaciones de la concepción decimonónica de la autonomía privada derivadas de la transición del orden jurídico liberal al orden social del Derecho, desde la «socialización» del Derecho privado a la «privatización» del Derecho público, desde la «guía privada de lo público» al «gobierno público de la economía», cuyas redefiniciones en una época de pretendida crisis del Estado social constituyen, precisamente, buena parte de las tensiones dialécticas -es decir, los flujos y reflujos, los «vaivenes»- a que se ve sometida contemporáneamente la propia figura del fraude de ley (23).

Desde esta perspectiva, pues, las diversas manifestaciones de reforzamiento o revitalización legislativa de la aplicación del fraude de ley al mundo de las relaciones laborales no serían sino paradigmáticas o emblemáticas expresiones, sea de la («re») «judicialización» del Derecho del Trabajo, sea de la permanente actualidad de una de las señales de identidad más típica de esta rama jurídica, al ser básicamente un *sistema de límites y limitaciones a la autonomía privada* en contemplación o ponderación de otros valores e intereses merecedores de tutela, como son los propios de los trabajadores, individual y colectivamente considerados, e incluso de orden público constitucional relevante en material socio-laboral (24). Lo que implica, en lógica coherencia con el significado profundo escrito en ambos procesos, no sólo un nuevo protagonismo sino también un cambio de perspectiva del control judicial sobre el complejo haz de facultades y prerrogativas integradas en el poder de

(23) No irrelevante resulta, en este sentido, que la primera referencia expresa al fraude de ley en un texto legal se hiciera en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, cuya trascendencia para garantizar la transparencia, el buen funcionamiento y el equilibrio del mercado y la política de viviendas es innegable, como acredita recientemente la nueva Ley de 1994. Precisamente, en este contexto, se explica la propia ausencia de una línea jurisprudencial clarificadora en torno a la conceptualización del fraude de ley. Vid., J.A. NAVARRO, *El fraude de ley: su tratamiento jurisprudencial*. Montecorvo, 1988, pág. 163 y ss.

(24) Para el primer proceso son de enorme interés las atinadas reflexiones del profesor M. ALONSO OLEA, *El trabajo como bien escaso y la reforma de su mercado*, Civitas, 1995. Sobre el segundo es conocida la afirmación de G. GIUGNI, «Il diritto del lavoro (voce per un enciclopedia)». *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1979.

dirección del empresario, y, en particular, de la facultad resolutoria del contrato de trabajo, así como del tipo de tutela admisible en nuestro actual ordenamiento positivo, distinguiendo el juicio de la mera ilicitud o antijuridicidad de aquel otro juicio de valoración de la decisión empresarial que, sometiendo a una profunda crítica el dogma clásico de la intangibilidad del poder de autonomía privada, determina la invalidez en cuanto el motivo determinante y el interés perseguido contraste con los motivos e intereses sociales que inspiran el reconocimiento de la facultad empresarial: de lo que se deriva que, en vista a determinar la validez del acto concluido por el poder privado, no basta con considerar su aparente adecuación formal a la norma sino que, además, es necesario observar el acto desde una perspectiva reguladora ordinamental global (25).

La necesidad de un análisis normativo y de un juicio valorativo de este tipo, pues, aparece inequívocamente sancionada en el artículo 51.1 *in fine* del ET, Texto Refundido por R.D.Leg. 1/1995, que reconoce esta imposibilidad de prescindir, en el juicio de mérito y validez de la decisión empresarial -en última instancia, acto privado de autonomía-, de verificar la compatibilidad del «valor» formulado o creado por los sujetos privados -en particular el empresario- con aquellos valores de los cuales es portador el ordenamiento jurídico. Ahora bien, este precepto no es sino una concreción particular de una regla de alcance mucho más general y de indudable valor sistemático, tanto en sentido estabilizador como contemporáneamente evolutivo, como es el artículo 6.º 4 del CC, en consecuencia, y en tanto no sea expresamente excluido por el legislador laboral -y si es que ello fuese posible, lo que dudamos por imperativo de seguridad jurídica, constitucionalmente-, perfectamente aplicable a los despidos de tipo disciplinario. Consecuentemente, no por una autónoma función de suplencia de la decisión de política jurídica del legislador, sino por una indispensable labor de integración de lagunas derivada del estricto cumplimiento de la función de complemento del ordenamiento reclamada con carácter general por el artículo 1.º 6 del CC, se hace preciso un nuevo giro copernicano de la actual dirección excluyente adoptada por la jurisprudencia del TS.

Una inclusión en el catálogo de supuestos de despido calificables como nulos de pleno derecho que, en nuestra opinión, de una parte, y en una argumentación de sentido positivo, viene estrictamente exigida por la necesidad, particularmente acuciante en la actual fase histórica del Derecho en general y del Derecho del Trabajo en particular, de mantener una permanente adecuación o correspondencia entre las estructuras legales, su representación normativa, y las estructuras reales de la organización jurídica de una sociedad, su funcionamiento práctico, como imperativos ineludibles del obligado respeto a principios jurídicos de alcance general absolutamente fundamentales, como son los principios de legalidad, en sentido material y no meramente formal, de transparencia y de

(25) Es decir, admitiendo la aplicabilidad generalizada del fraude de ley, el legislador, en cuanto reconoce y es consciente plenamente de las amplias posibilidades abiertas al empresario para perseguir, con sus actos, motivos e intereses, consecuencias y prácticas jurídicas contrastantes con toda exigencia racional de reconocimiento y tutela, haciendo posible un «uso desviado» de poderes, se alinearía con la actual tendencia, todavía no mayoritaria, en el Derecho privado a poner en discusión el tradicional convencimiento de la irrelevancia de los motivos de los sujetos privados. *Cfr.* para el Derecho italiano A. PERULLI, *Il potere direttivo dell' imprenditore*. Giuffrè, Milano, 1992, pág. 203 y ss.

tutela judicial efectiva. De otra parte, y en una argumentación de sentido negativo, la conveniencia y oportunidad de mantener la vigencia de la figura del despido nulo por fraude de ley, se comprendería por la necesidad de no contrastar, de no apartarse o de no excepcionar, sin razones ni de orden normativo ni de orden empírico que lo justifiquen suficientemente, más amplias y generales líneas de evolución histórica del entero ordenamiento jurídico, como son el renovado protagonismo de la actividad interpretativa en el desarrollo del sistema jurídico, y el primado de las razones de equilibrio o ponderación de las diversas categorías de intereses en juego y de las diversas instancias de eficiencia económica y de justicia social, dando voz a un pluralismo de valores, finalidades y culturas *simultáneamente presentes* en las organizaciones sociales y económicas (26).

En efecto, si como veremos, por un lado, el modelo de racionalidad del comportamiento empresarial inspirador de la línea de política del Derecho de fondo subyacente al cambio de dirección jurisprudencial, y que se alinea plenamente con el eje central que sirve para articular en general todo el contenido normativo y significado del principio de la reforma laboral, que no es otro que el prototipo clásico del *homo oeconomicus*, no puede en modo alguno ser «sacralizado» como paradigma científico de carácter absoluto, dada la propia existencia de una significativa orientación crítica por parte de las propias disciplinas económicas y sociológicas (27). Y si, por otro, ya situados en los estrictos dominios de la experiencia jurídica, la crítica de tal paradigma se realiza, entre otras vías, a través del impulso a las cláusulas generales, como adecuadas técnicas para asegurar permanentemente el respeto de las conductas empresariales, y en general de los sujetos privados, a valores sociales preeminentes respecto a la pura lógica del mercado, *sería inevitable la conclusión según la cual la dirección negativa recientemente asumida por el TS, en materia de calificación del despido en fraude de ley, marcaría un cambio de rumbo que dejaría la «evolución» social y jurídica a sus espaldas, hasta imprimir la huella de una neta, rápida y desconcertante involución del orden jurídico laboral.*

De modo que, de seguirse por esta vía, muy al contrario de la comúnmente reivindicada, por parte de la más autorizada doctrina iuslaboralista clásica, e igualmente reconocida -o concedida- de forma casi unánime, por parte de la doctrina iusprivatista más prestigiosa y sensible a la evolución jurídica a impulso de la evolución social y económica, función de «vanguardia» del Derecho del Trabajo respecto del entero Derecho privado, hasta el punto de asumir decididamente un auténtico

(26) Cfr. LA VALLE. «Valori sociali e mercato nel capitalismo». En *Prosp. Sindacale*, 1988, núm. 67, pág. 123 y ss.; RODO-TA, *Il tempo delle clausole... op. loc. ult. cit.*

(27) Puesto que un significativo número de las más recientes teorías de la empresa se apartan del clásico dogma de la racionalidad perfecta, de modo que el valor de reclamo a las reglas técnicas de la buena organización productiva y competitiva de la empresa, en última instancia, aparecerían como aval justificador de cualquier decisión, incluso la más irrazonable, siendo siempre necesario una permanente confrontación entre los diferentes intereses normalmente conflictivos. Vid., H.A. SIMON, *La razionalità in economia: un artificio per l'adattamento*. En id. *Causalità, razionalità, organizzazione*. Bologna, 1985, pág. 341 y ss.; E. RULLANI, *La teoria dell'impresa*. En RISPOLI (coord.), *L'impresa industriale*, Bologna, 1984, pág. 61 y ss.

y genuino primado en su evolución, y en general del global sistema de Derecho contemporáneo, asistiríamos más bien a la elaboración de un Derecho particular, de *ius singulare* construido en la forma de un «traje a medida» del empresario, que introduciría una suerte de *derogatio in peius* del Derecho privado común, para «uso y consumo» privativo de los trabajadores. En consecuencia, en esta dirección, no creemos que nadie «ose ver en esto el índice seguro de una tendencia a la evolución» (28).

3. Nuevos argumentos a favor de la devolución en vía interpretativa de plena carta de naturaleza normativa al despido nulo por fraude de ley en el Derecho vigente.

Precisamente, a tratar de acreditar esta tesis vamos a dedicar estas páginas, dirigidas a realizar un exhaustivo estudio del contenido valorativo, normativo y técnico del artículo 51.1 *in fine* del ET en relación a la genérica prohibición de los actos en fraude de ley positivizada por el artículo 6.º 4 del CC. Una cláusula de carácter general que, en los momentos actuales, en cuanto instrumento de defensa de la efectividad del ordenamiento, está destinada a ampliar su esfera de actuación, tanto desde el punto de vista cualitativo como cuantitativo, y en las más diferentes cuestiones, como expresión del creciente vigor que en el campo jurídico proyecta un problema que ocupa uno de los centros de atención del actual debate político-cultural en la más reciente etapa evolutiva del sistema de economía de mercado, en el que se agudiza crecientemente el *problema de la ineffectividad de las normas jurídicas*, es decir, el relativo a la ampliación de las tensiones entre realidad -práctica económica- y norma -forma jurídica- y, en consecuencia, a la profundización de la disociación entre los niveles imperativos y los niveles potestativos del mundo jurídico, entre su observación dogmática y su observación sociológica (29).

Tres son los grupos de elementos o factores que pueden destacarse en orden a renovar el tratamiento jurídico de la figura del despido disciplinario en fraude de ley, susceptibles de producir un nuevo golpe de timón en la interpretación jurisprudencial, cambiando el rumbo de la doctrina restrictiva recientemente culminada con la expresa cancelación por el TS de su propia construcción. Lo que permitiría, en una línea de plena recuperación de las categorías jurídicas más netamente civilistas y, por tanto, de reafirmación del Derecho privado común, aunque releídas en la obligada clave constitucional, *impulsar un nuevo flujo garantista en favor de la restauración en vía interpretativa de una auténtica, genuina y plena carta de naturaleza normativa en el ordenamiento laboral positivo existente y vigente*.

(28) Según la iluminante reflexión de U. NATOLI respecto a la exclusión de preceptos generales, como el relativo a la invalidez del acto por ilicitud del motivo, en el campo de la resolución del contrato de trabajo a instancia del empresario. «Evoluzione e involuzione del Diritto del Lavoro». Ahora en la reciente colección de buena parte de sus trabajos bajo el título *Diritti fondamentali e categorie generali*. Giuffrè, 1993, pág. 1.108.

(29) *Vid.*, J.A. NAVARRO, *El fraude de ley: Su tratamiento jurisprudencial*. Montecorvo, 1988, partic., págs. 16 y 181.

En primer lugar, aquellos de *índole estrictamente jurisprudencial*. En efecto, no resulta en modo alguno ocioso para la economía de nuestra argumentación reclamar la atención sobre el estado de efervescencia, de confusión y de falta de unidad en el más reciente panorama judicial, fundamentalmente en las «Aulas» de los Tribunales inferiores -que con creciente frecuencia nos sorprenden, y en cierta medida nos dejan perplejos, con el recurso a argumentos de «autoridad» científica personalizados y nominados, reevocando un «Derecho de juristas» al más puro estilo de producción normativa del Derecho romano clásico, argumentos a los que se subordina en buena medida la reflexión, que parecería prioritaria, sobre los datos normativos, que no se agotan, como es sabido, en la ley-, en particular de múltiples Juzgados de lo Social y, en consecuencia, de los Tribunales Superiores de Justicia (TTSSJ) en los que siguen produciéndose pronunciamientos que argumentan y fallan a favor de la nulidad de los despidos efectuados «en fraude de ley», en cuanto carentes de causa, a pesar de la señalada doctrina restrictiva mantenida en los recursos de casación para la unificación de doctrina, aunque se insista en el carácter restrictivo de esta figura en todo caso.

Así, una significativa orientación de los TTSSJ sigue considerando posible una declaración de nulidad del despido cuando «carezca absolutamente de causa o haya sido realizado en fraude de ley» o «con abuso de derecho, a pesar de su no inclusión en la casuística relación del artículo 108.2 de la LPL, y ello por la aplicación de los artículos 6.º 4 y 7.º 2 del CC, contenidos en su Título Preliminar, cuya eficacia se extiende a todas las ramas del Derecho» (30). Pues en estos casos se pretendería «utilizar la vía del artículo 55.3 *in fine* en relación con el artículo 56.1 del Estatuto, los cuales hacen referencia al despido improcedente, para despedir libremente a la trabajadora mediante el pago de una indemnización, olvidando que el despido, sea o no disciplinario, debe ser siempre causal y, faltando la causa, debe ser declarado nulo...» (31).

- (30) *Cfr.*, STSJ BALEARES, de 14 de septiembre de 1994, Ar. Soc. 3544, que recoge la STSJ CATALUÑA de 3 julio de 1991, Ar. Soc. 4780, aunque resuelve en contrario pero porque se trata de «supuestos... que al no concurrir en el caso de autos, procede confirmar la sentencia...». También STSJ CASTILLA Y LEÓN/Valladolid, de 4 de enero de 1994, Ar. 245. De particular interés la STSJ BALEARES de 9 de marzo de 1994, Ar. Soc. 1197, que incluso relativiza el problema de la carga de la prueba a cargo del trabajador. Insiste en el mismo sentido STSJ LA RIOJA de **26 de enero de 1994, Ar. Soc. 29**, aunque recuerda su carácter restrictivo antes y después de la reforma.
- (31) *Cfr.* STSJ ANDALUCÍA/Granada de 26 de abril de 1994, Ar. 1661, y también Ar. Soc. 1664. También STSJ LA RIOJA de 11 de mayo de 1994, particularmente «belicosa» sobre este asunto, pues viene siguiendo una línea firme y constante sobre la pervivencia de esta figura, haciendo caso omiso de la nueva jurisprudencia del TS, concluyendo que nos encontramos ante un «despido sin causa legal, y por tanto efectuado en fraude de ley o abuso de derecho (ambos prohibidos por el CC en sus arts. 6.º 4 y 7.º 2 y por la LOPJ, en su art. 11.2) mediante el cual la empresa... podría desprenderse de un trabajador a cambio del pago... de una manera torticera, vulnerando asimismo lo dispuesto en el artículo 35.1 de la CE sobre el principio de estabilidad en el empleo», Ar. Soc. 1897. En el mismo sentido la de 10 de mayo de 1994, Ar. Soc. 1896, aunque insistiendo en la concurrencia de una antijuridicidad especialmente intensa. Defiende también la nulidad de los despidos sin causa respecto del supuesto de extinción de contratos ficticiamente temporales Juzgado de lo Social núm. 3 de Huelva. Sentencia de 12 de diciembre de 1994. *AL* núm. 17, 1995. Sin embargo, en contra de esta tesis, aceptando la revisión operada por el TS, *vid.*, la STSJ NAVARRA, de 26 de enero de 1994, Ar. 22. También, afirmando el carácter de regla general, por tanto, de interpretación extensiva, de la calificación de improcedencia, STSJ PAÍS VASCO, de 3 de noviembre de 1994, Ar. 4052. Niega tal subsistencia, siguiendo STS de 30 de junio de 1993, Ar. 4943, STSJ NAVARRA, de 11 de mayo de 1994, Ar. 1929 y STSJ CANARIAS/Las Palmas de 17 de mayo 1994, Ar. Soc. 1923, así como la de CANARIAS/Santa Cruz de Tenerife de 16 de septiembre de 1994, Ar. 3283; STSJ BALEARES, de 14 de noviembre de 1994, Ar. Soc. 4456.

Ahora bien, esta falta de uniformidad en la jurisprudencia de los TTSSJ y en los Juzgados, con ser de interés y significativa de la imposibilidad de sostener una tesis negativa rígida -evidenciando que, cuando menos, el ordenamiento jurídico vigente permite la posibilidad de argumentar en favor o en contra de una pluralidad de soluciones-, ciertamente sería un elemento altamente relativo, puesto que, como es sabido, esta «doctrina» no crea jurisprudencia y, además, lo cierto es que se viene imponiendo una línea revisora en sentido negativo, de no ser porque del propio TS aparecen señales que pueden suministrar al intérprete argumentos para alcanzar un resultado positivo en orden a ampliar los supuestos de nulidad por el juego de principios generales del ordenamiento, como son las interdicciones de fraude de ley y abuso del derecho.

En efecto, el propio TS, con posterioridad, ha sentado una doctrina favorable a la ejecución conforme a la normativa general de la ejecución en sus propios términos, con la consabida obligación del empleador de efectuar la readmisión *in natura* del trabajador, sin la alternativa de sustitución indemnizatoria, de todos aquellos supuestos en los que la declaración de nulidad se fundamenta en causa diferente de las enumeradas en la ley laboral. Lo que obviamente implica aceptar que, en la medida en que la calificación queda enteramente a la soberanía del Juez, naturalmente en aplicación de las normas del ordenamiento jurídico y de conformidad con pautas y cánones hermenéuticos de índole jurídica, es posible que aparezcan nulidades, como las encuadradas en preceptos civiles -art. 6.º 4 CC- no expresamente establecidas en la anterior redacción dada al artículo 279.1 de la LPL por el legislador de 1990 en relación con el artículo 108.2 de la LPL (también en la redacción de 1990) (32). Un argumento que, en el actual momento normativo, adquiere una mayor trascendencia vista la cláusula genérica que contiene el nuevo artículo 280.1 b) de la LPL, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, en cuanto afirma, como ya hiciera el precedente artículo 279.1 b) en la redacción introducida por la Ley 11/1994, que la sentencia será ejecutada en sus propios términos cuando: «Declare la nulidad del despido» (33).

Del relieve que esta última orientación puede llegar a alcanzar en orden a restaurar judicialmente la calificación de nulidad de los despidos fraudulentos, da cuenta el hecho de que en la STS de 21 de enero de 1994 aparece un extenso voto particular que, discrepando del criterio mayoritario en la interpretación del precedente artículo 279.1 del TALPL (de 1990), considera necesario «excluir

(32) *Vid.*, SSTS de 21 de enero de 1994, Ar. 1510 y 28 de febrero de 1994, Ar. 2042. Recoge esta doctrina recientemente en un supuesto de despido proveniente de una contratación litigiosa efectuada en fraude de ley la STSJ ANDALUCÍA/Málaga, de 15 de noviembre de 1994, Ar. Soc. 4276, que en cualquier caso pone de relieve cómo tal supuesto «no tiene incardinación en ninguna de las previsiones de nulidad» de la legislación laboral. En sentido opuesto SSTSJ como la STSJ CATALUÑA de 25 de febrero de 1993, Ar. 877, precisamente casada por la primera sentencia en unificación de doctrina por la primera sentencia.

(33) El cambio de ordinal se debe, como se ha observado oportunamente, a que el legislador delegado «tuvo la inoportuna ocurrencia, pese a la advertencia del Consejo de Estado, de alterar la numeración de los artículos, respecto del texto anterior de la LPL (de 1990) desde el artículo 138, ahora 139, hasta el artículo 281, ahora 282». *Cfr.*, M. ALONSO OLEA, *El trabajo como bien escaso... op. cit.*, pág.123.

de la ejecución en sus propios términos de las sentencias firmes de despido a aquellas en que el Juez o la Sala de lo Social hayan optado, *incorrectamente según la nueva legislación procesal*, por calificar la decisión extintiva del empresario como despido nulo por fraude de ley» (34).

En segundo lugar, debe resaltarse la *incidencia de un factor de índole netamente institucional o sistemático*, centrado en la ruptura del equilibrio de la regulación legislativa de los despidos, en claro perjuicio de los despidos disciplinarios que ahora resultan sensiblemente devaluados y desequilibrados respecto de los despidos objetivos y de los colectivos que, como se ha dicho, sí pueden ser declarados nulos por defecto de forma. En consecuencia, es claro que esta alteración del equilibrio anteriormente existente incrementa notoriamente las posibilidades de la empresa de seleccionar o elegir la modalidad de despido que más se adapte a sus intereses, pero no en términos de adecuación a las circunstancias o razones determinantes de una u otra vía según el diseño normativo, sino tan sólo en atención a términos meramente monetaristas, inclinándose por aquella que resulte menos gravosa y arriesgada -ahora los despidos disciplinarios-, *ejercitándose las facultades extintivas empresariales en modos materialmente diferentes a los evidenciados por la cobertura formal utilizada* (35). En consecuencia, queda el camino particularmente expedito para la intervención de «refinamiento» normativo, característica de las técnicas jurídicas, de modo que, sea por imperativos de racionalidad normativa, sea por imperativos de racionalidad económica, sea por exigencias de orden social, resulta obligado individualizar categorías conceptuales adecuadas para garantizar el equilibrio entre intereses contrapuestos roto por la neta opción legislativa en favor de una acrítica lógica empresarial de la eficiencia económica (36).

En este sentido, ya hemos apuntado cómo la cláusula general del fraude de ley, legislativamente formulada, representa una trascendental manifestación del desajuste entre el funcionamiento real de un ordenamiento jurídico y su representación normativa, de modo que su utilización por los diferentes Tribunales implica una tarea de recomposición de los equilibrios normativos e institucionales rotos por la práctica económica, de restablecimiento constante de la imperatividad u obligatoriedad del sistema jurídico o de las normas cuyo «deber ser» resulta desconocido o violado frente al «ser» meramente económico. Una preocupación que, como también se ha indicado, aparece particularmente visible en el legislador laboral actual, en cuanto que tal figura no sólo se recibe como

(34) No por casualidad el firmante del voto particular, el Magistrado Sr. MARTÍN VALVERDE, resulta ser el ponente de la STS de 19 de enero de 1994, Ar. 352, en la que se argumenta *in extenso* sobre la imposibilidad de entender vigente la figura del despido nulo por fraude de ley. La dificultad de mantener el carácter cerrado del artículo 279 de la LPL aparece hoy ampliamente discutible con la nueva redacción dada por la Ley 11/1994, y hoy contenida en el artículo 280.1 b) del R.D.Leg. 2/1995, como se ha visto.

(35) *Cfr.* J. FOLGUERA CRESPO, «Despido disciplinario y reforma laboral. Aspectos procesales». *AL*, núm. 1, 1995, pág. 12, quien pone de relieve la falta en la reforma del necesario equilibrio entre las distintas figuras extintivas, rompiendo la armonía del conjunto.

(36) Para la necesidad de este refinamiento técnico, aunque en el marco del despido colectivo, *vid.*, M. GARCÍA FERNÁNDEZ, en *AL*, núm. 5, 1995.

instrumento de defensa o de garantía de la efectividad de la disciplina de los despidos colectivos, sino que aparece también en otros ámbitos normativos en los que, sea la flexibilidad normativa, sea la flexibilidad organizativa introducidas por el legislador, incrementan altamente el riesgo de usos elusivos de la normativa, como es el caso de los ya referidos artículos 40.1 *in fine* (protección disciplina traslados colectivos), 41.3. *in fine* del ET (defensa disciplina modificaciones sustanciales de carácter colectivo), conllevando en todos los casos la «sanción» de nulidad.

De este modo, como también se ha dicho, *la doctrina científica y judicial sobre la nulidad del despido realizado en fraude de ley viene a ser recibida expresamente por la nueva ley*, aunque se trate de despidos colectivos en fraude de ley ex artículo 51.1 *in fine* del ET, al que se anuda como consecuencia legal la readmisión del trabajador, abriendo la posibilidad -e incluso la necesidad- de calificar como nulos determinados despidos que, pese a exteriorizarse formalmente como una suma de decisiones disciplinarias, conforman en la práctica una decisión extintiva de naturaleza colectiva de contratos sin la necesaria autorización administrativa (art. 124 LPL, Texto Refundido 2/1995). En consecuencia, este específico reconocimiento legislativo de la nulidad por fraude de ley permite argumentar, en estricto Derecho positivo, el mantenimiento de la figura del despido disciplinario por fraude de ley. Por lo que entendemos posible -incluso obligado, además de conveniente- colmar la laguna legal que existía en la normativa precedente, abriendo significativos espacios para su calificación judicial de nulidad, dada la identidad de razón (art. 4.º 1 CC) existente en estos casos con el precepto general -art. 6.º 4 CC- y con su concreción laboral -art. 51.1 último párrafo ET, art. 122.2 d) LPL-, puesto que no es posible pensar que esta regla de represión del fraude actúe de forma aislada, «sin el concurso de otras reglas legales complementarias destinadas a evitar ese mismo resultado fraudulento a través de la utilización de otras modalidades extintivas y, en concreto, a través del recurso al despido disciplinario» (37).

En definitiva, también argumentos estrictamente normativos imponen revisar la solución propuesta por el TS respecto del problema de la calificación del despido en fraude de ley, porque es precisamente esta respuesta negativa la que no contaría ahora ya ni con el apoyo o refrendo legal ni mucho menos con el apoyo o refrendo sistemático u ordinamental, mientras que la tesis que afirma la carta de naturaleza en nuestro actual ordenamiento laboral vigente de la calificación de nulidad de tal figura, consintiendo el legislador recuperar un ámbito aplicativo para principios generales del ordenamiento jurídico que, de mantener a ultranza e incondicionadamente las tesis liquidatorias reseñadas, «quedarían vaciados de contenido», incluso contra la *ratio legis* perseguida por el legislador materia de defensa del Derecho del Trabajo frente a los comportamientos fraudulentos. Es en este sentido, pues, que entendemos el alcance del artículo 51.1 *in fine* como expresión de un principio de política legislativa más amplio, aunque, ciertamente, el legislador no se lo haya propuesto expresamente como tal: «reforma» legislativamente la «reforma» judicial operada sobre la «reforma» legis-

(37) Cfr., M.º E. CASAS, *op. loc. ultim. cit.*

lativa del despido nulo en la intervención de 1990, es decir, se presenta como una «re-contra-reforma» legislativa, que permite integrar, al menos en este punto, una laguna abierta en la redacción de la LPL de 1990, desarrollando el mandato impuesto y alcanzando la finalidad perseguida por la Base 21.3 de la Ley 7/1989, 12.4 (LBPL) de conformidad con los postulados de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico (38).

La comprensible reacción frente al «abuso judicial» del «abuso de derecho» -si se nos permite el juego de palabras- que, como en otras materias, llegó a convertirse en una vía generalmente invocada, en una cláusula de estilo a la que acudir de forma indiscriminada para combatir una decisión empresarial extintiva, en modo alguno puede justificar una respuesta negativa incondicionada y absoluta, según la ley del péndulo, que induciría a soluciones opuestas y poco matizadas, olvidando los fundamentos que dieron lugar a esta trascendental construcción jurisprudencial, hoy actualísimos: la utilización fraudulenta y/o el ejercicio manifiestamente antisocial de las normas que autorizan el despido causal para lograr un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, cual es el obtener una declaración de improcedencia para despido particularmente viciado o profundamente anómalo en la causa y en la forma. Es inequívoco que, en estos particulares casos de conducta arbitraria y antijurídica, sólo la nulidad consiente la más apropiada restauración del orden jurídico, con tratamiento equilibrado de los intereses enfrentados.

En cualquier caso, las diversas orientaciones jurisprudenciales y los frenéticos cambios legislativos no son sino expresión de un «dato crucial, a veces olvidado, en la constitución del Derecho del Trabajo: éste es siempre sumisión y acción, flujo y reflujo» (39). Por eso, el auténtico riesgo para el jurista deriva bien de su propensión a reaccionar a la desorientación y al «disgusto» que tal movilidad e inestabilidad generan en forma «nostálgica», atrincherándose en la añoranza de certezas que ya no existen, bien de la opuesta inclinación a abrir un frente de «desencanto» que, tomando nota del cambio, trata de sistematizar los aspectos de novedad acentuando el carácter «aluvional» de nuestro sistema, y adhiriéndose acríticamente a la nueva «inundación» (40). En ambos casos la consecuencia es la misma: pérdida de vista respecto del «objeto de la propia reflexión», cediendo a la «tentación de anticipar o secundar las modificaciones según las propias propensiones personales» (41).

(38) Con lo que se palia en alguna medida el cúmulo de despropósitos en que ha cristalizado el nuevo régimen del despido nulo, en el que la reforma ha ocasionado «muchas perturbaciones para recoger pocos frutos», M.^a E. CASAS, *op. loc. ultim. cit.*

(39) *Cfr.*, G. LYON-CAEN, «La crise actuelle du droit du travail». *Le droit capitaliste du travail*. PUG. Grenoble, 1980, pág. 262, y U. NATOLI, «Evoluzione e involuzione del diritto del lavoro». *Riv. giur. lav.* 1967-I, pág. 207 y ss., respectivamente (este último ahora en *Diritti fondamentali e categorie... op. loc. ult. cit.*).

(40) *Cfr.*, G. VARDARO, *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*. F. Angeli, 1985, pág. 27.

(41) *Cfr.* O. MAZZOTTA, «Diritto del lavoro e categorie civilistiche». *Riv. it. dir. lav.* 1990, pág. 53.

Por eso, puesto que se trata de conjugar plenamente las ineludibles exigencias de justicia con las no menos indispensables exigencias de una correcta formulación «científica» del problema, es decir, de conformidad con un método riguroso y en un plano de compatibilidad ordinamental, tan necesario será huir de la laxitud técnica y del arbitrario subjetivismo interpretativo de tipo meramente voluntarista, como de toda reproposición del paradigma formalista y legalista de positividad, hoy definitivamente «superado», al menos en su vocación de exclusividad y en su pretensión de dogmatismo rígido y cerrado, aunque pronunciamientos como los contenidos en la STS de 19 de enero de 1994 parezcan obstinarse -dicho sea con los debidos respetos y más altos reconocimientos a la importantísima labor de esta misma Sala en otros ámbitos de nuestra disciplina- en reeditarlos.

II. LOS TÉRMINOS DEL PROBLEMA INTERPRETATIVO SOBRE LA CALIFICACIÓN DEL DESPIDO «FRAUDULENTO»: EL FRAUDE DE LEY COMO CUESTIÓN DE LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

1. El problema calificativo en el plano de la política estatutaria de revitalización de la «autoridad» empresarial: el equilibrio de razones del artículo 51.1 *in fine* del ET.

1.1. a) Una jurisprudencia conforme a la lógica económica subjetiva del mercado: el despido como técnica de gestión empresarial.

Hasta hace poco tiempo era un auténtico lugar común en la doctrina iuslaboralista sintetizar la historia del nacimiento, formación y desarrollo del Derecho del Trabajo refiriendo a la lenta, tortuosa y laboriosa evolución de un sistema complejo de técnicas, a través de las cuales se habría ido perfilando para controlar y reducir los amplísimos márgenes de libertad y autonomía, en definitiva, el ámbito de la «discrecionalidad», del empresario (42), configurándose como un «sistema de límites» al ejercicio de poderes y facultades originariamente definidores de un «estatuto jurídico» repleto de privilegios, como el relativo a la *inmunidad* frente a la acción jurídica y a la *autotutela* en la defensa de los intereses económicos que le son propios. Y es, precisamente, en este trascendental objetivo - y logro o conquista, si bien parcial, como siempre que nos topamos con el «poder», cualquier poder si estrictamente tal, público o privado (43)- donde adquiere plena carta de naturaleza y

(42) Recientemente alude a este proceso de decantación histórica y a su crisis, relativa y parcial, el profesor M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «Derecho del Trabajo y empleo». Edit. RL 1994. De esta manera, se puede ver el significativo paralelismo de la evolución del Derecho del Trabajo respecto de la del Derecho Administrativo. Para este último una renovada actualidad recobra la pionera obra del profesor E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder*. Civitas, 1983, tal y como se desprende de la lectura del trabajo de T.R. FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad de la administración*. Civitas, 1994. Para una reconducción del poder disciplinario al concepto de «autotutela privada» *vid.*, J. GIL Y GIL, *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*. Ministerio de Justicia 1993, *passim*.

(43) Como se ha sostenido con toda autoridad, reducir el poder al Derecho, es decir, «embridar al poder con el Derecho ha sido siempre trabajoso y lento y, con frecuencia, algo constantemente recommenzado porque nunca ha sido del todo eficaz». *Vid.*, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Hacia una nueva justicia administrativa*. Civitas, Madrid, 1992, pág. 27.

ocupa un lugar central la figura del despido nulo en fraude de ley. Y ello en cuanto representa una «construcción» jurisprudencial que, entre otros efectos, tiene la enorme virtualidad de contribuir a la introducción de un mayor orden y una mayor racionalidad en la conceptualización del despido improcedente, tan genérica y generosamente configurado en la redacción originaria del ET -y que en la más reciente parece adquirir un grado sumo y, por tanto, extremadamente desproporcionado-, corrigiendo parcialmente la tradicional devaluación legislativa del principio de causalidad del despido ex artículo 35 de la CE y la profunda incoherencia del régimen del despido disciplinario respecto de los imperativos de otros valores y derechos constitucionales de rango fundamental, como la tutela judicial efectiva y presunción de inocencia del artículo 24 de la CE, así como los referidos en las cláusulas generales del artículo 10.1 de la CE (44).

Este trascendental significado de técnica de control de la arbitrariedad de los poderes empresariales, atribuido a la figura del despido nulo en fraude de ley, en modo alguno debe sorprender, si se tiene en cuenta que la cláusula general del artículo 6.º 4 del CC ocupa un lugar particularmente privilegiado en la tensión dialéctica entre «forma jurídica» y la realidad a la que ha de ser aplicada, y por tanto, en la relación dialéctica entre la regulación debida al ejercicio de la autonomía privada y las «constricciones» fijadas imperativamente por ordenamiento jurídico. A este respecto, ya se ha insistido en la pretensión de la técnica del fraude de ley de afrontar, conforme a claves de lectura radicalmente diferentes a las proporcionadas por los tradicionales paradigmas legalista y formalista del positivismo jurídico clásico, los problemas de aplicación de la ley y las contradicciones del sistema jurídico del modelo de Estado liberal de Derecho en su lógica interna y con respecto a las relaciones sociales que pretende conformar, orientándose en una línea que lejos de considerar como incompatibles o alternativos el análisis normativo y el análisis sociológico los observa como estrictamente complementarios y mutuamente exigidos y condicionados (45).

Se entiende, así, que, desde hace ya tiempo, el problema suscitado por el fraude de ley haya venido constituyendo una preocupación constante y central del debate jurídico en el mundo de las relaciones de trabajo, tanto en la doctrina nacional como extranjera, y también que haya venido suscitando con creciente fuerza el interés y la preocupación del legislador laboral, como acredita inequívocamente la vigencia hasta hace muy poco tiempo de una prohibición genérica e incondicionada de los instrumentos de interposición -prohibición hoy reeditada en el nuevo art. 43 ET, salvo la muy cualificada excepción de las ETT- (46). Un interés y una preocupación que en modo alguno han cedido, más bien al contrario, en los actuales momentos de amplísima flexibilización y permisividad de nuestro ordenamiento jurídico-laboral, como testimonia la recepción legislativa de la doctri-

(44) Lo recordaba recientemente A. PEDRAJAS, *Despido y derechos fundamentales...*, partic. pág. 308.

(45) *Vid.*, siguiendo plenamente la teoría jurídica avanzada por el profesor L. FERRAJOLI, las consideraciones de J.A. NAVARRO, *op. cit.*, pág. 21. También inserta el problema en las tensiones permanentes del universo jurídico entre libertad y regulación imperativa J.M. GALIANA, «El fraude de ley en las relaciones de trabajo: un análisis jurisprudencial». En *Cuestiones Actuales de Derecho del Trabajo*, MTSS, 1990, pág. 45.

(46) *Cfr.*, para la doctrina más antigua B. HERRERO NIETO, *La simulación y el fraude de ley en el derecho del trabajo*. Bosch, Barcelona, 1958; A. CESSARI, *L'interposizione fraudolenta nel diritto del lavoro*. Giuffrè, Milano, 1959.

na del fraude de ley para los despidos que eludan las normas previstas para los despidos colectivos, según reza el último párrafo del apartado primero del artículo 51 del ET, tratando de mantener en todo momento la identificación entre la representación normativa y el funcionamiento efectivo del ordenamiento (47).

Desde esta perspectiva, que se orienta hacia una observación jurídica que, como apenas indicado, pretende complementar normativismo con realismo, evidenciando con particular intensidad la estructura relacional del ordenamiento jurídico en distintos grados y niveles de normas, en el que los preceptos de autonomía privada se sitúan en el grado más bajo, se puede comprender plenamente los efectos anulatorios vinculados a todo comportamiento realizado en fraude de ley, que resultan inválidos -además de antijurídicos- a través de un pronunciamiento judicial realizado sobre un doble juicio: el de «validez» conforme a la norma de cobertura -convalidación de su antijuridicidad en los términos de la opción dada al empresario ex art. 56 ET, aunque las causas o motivos sean ineficaces o inválidos- y el de «efectividad», con la aplicación de la norma eludida -las normas y principios tuteladores de la estabilidad en el empleo-.

Precisamente, desde esta teoría jurídica de la efectividad de las normas, en conexión con la invalidez de los «hechos» o comportamientos que las conculcan o lesionan, capaz de representar las interacciones entre los niveles normativos y los niveles potestativos del universo jurídico, resulta plenamente rigurosa la función parcialmente crítica y correctora del Derecho vigente realizada por la construcción jurisprudencial del despido nulo en fraude de ley: una crítica no de tipo iusnaturalista o de *iure condendo*, puesto que su sanción de nulidad no requiere acudir a ningún expediente moralista, sino de tipo iuspositivista o *de iure conditio*, es decir, respecto al mismo «deber ser» inactuado o violado, parcialmente, del orden jurídico, en cuanto expresión de una correcta aplicación, en términos de efectividad, de las normas, atendiendo no sólo a las de cobertura sino sobre todo, a tenor del artículo 6.º 4 del CC, de las eludidas (48).

Ahora bien, es sabido que en los momentos actuales, la palabra de orden es la «flexibilidad» del ordenamiento laboral que, entre otras múltiples manifestaciones, implica un fuerte relanzamiento o una significativa revitalización de las diferentes facultades empresariales de organización y gestión de las relaciones de trabajo, ampliando los espacios a ocupar por la libertad de empresa y la

(47) Para el actual fenómeno de la contratación temporal *vid.*, J. LÓPEZ LÓPEZ, «La contratación temporal y el fraude de ley». *RL* 1990, núm. 23; y para un análisis de conjunto de diferentes ámbitos afectados por la figura genérica del artículo 6.º 4 del CC. *vid.*, J.M. GALIANA MORENO, «El fraude de ley en las relaciones de trabajo: un análisis jurisprudencial». En AA.VV., *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*. MTSS, 1990, pág. 431 y ss. También R. IRUZU-BIETA, *El abuso del derecho y el fraude de ley en el Derecho del Trabajo*. Colex. 1989.

(48) *Cfr.*, para esta posición teórica en general L. FERRAJOLI, «La semantica della teoria del diritto». En AA.VV., *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*. Ed. Comunità, Milano, 1983, pág. 130. Y para la aplicación de esta opción metodológica a la construcción del fraude de ley del artículo 6.º 4 del CC *vid.*, J.A. NAVARRO, *op. cit. passim*. Partic., pág. 190.

autonomía privada del empresario (49). En consecuencia, en el actual marco de incisivas reformas del Derecho del Trabajo, los preceptos incidentes de uno u otro modo, en un grado u otro, en la autonomía privada lejos de aparecer en una estricta lógica de «subordinación» o de limitación son objeto de promoción y apoyo y cobran un nuevo protagonismo y una particular intensidad, también en la fase extintiva de la relación de trabajo, hasta el punto de considerar el despido como un «instrumento de gestión» empresarial, como lo puede ser el márketing, la contabilidad, las finanzas, etc., igualmente dependientes, como éstas, de las «señales que el mercado económico» ofrece (50). Y ello incluso a costa de introducir un mayor número de contradicciones e incongruencias en el sistema jurídico, cuya coherencia deviene un imperativo secundario respecto del objetivo de flexibilizar la normativa, de mantenerla permanentemente en contacto con la realidad económica cambiante (51).

En esta perspectiva, es claro que la ampliación de los supuestos en los que el empresario puede optar entre readmitir o desvincularse de la relación a través del pago de una cantidad monetaria -y, por tanto, la reducción de los supuestos de estabilidad real-, al negar vigencia en nuestro actual ordenamiento a los despidos nulos en fraude de ley, podría entenderse como una línea evolutiva en plena sintonía con la orientación más general del Derecho del Trabajo a reorganizarse como un Derecho de la empresa racionalizador y gestional, que coloca entre sus técnicas centrales de organización y gestión empresarial, precisamente, el despido, tanto por razones económicas, individuales, plurales o colectivas como el disciplinario, éste ahora particularmente apto para servir de canal formal para la realización de aquéllos, al ampliar las posibilidades de configurar autónomamente las condiciones para la aplicación del régimen jurídico más conveniente o «más favorable» para los intereses empresariales.

En definitiva, el juicio liquidatorio respecto de la vigencia de la doctrina de la nulidad del despido por fraude de ley podría parecer, en esta óptica, una intervención judicial plenamente conforme con la lógica económica subjetiva del mercado de trabajo, que recorta las garantías individuales, e incluso colectivas (52), a cambio de flexibilizar las distintas vías jurídicas para proceder a los más diversos y variopintos ajustes de plantilla, no siempre «impuestos» por razones técnico-organizati-

(49) Adquieren, pues, una nueva actualidad los procesos de reindividualización de las relaciones de trabajo, que marcaron toda una etapa de conflictos y arduas polémicas doctrinales y jurisprudenciales. Para el debate de la flexibilidad en general siguen siendo de interés los diversos estudios en J. RIVERO LAMAS (coord.). *La flexibilidad laboral en España*, Universidad de Zaragoza, 1993. Y para el tema de la individualización *vid.* el monográfico de *RL* ahora en el Tomo 1991-II, pág. 281 y ss.

(50) *Cfr.*, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, *El Derecho del Trabajo... op. cit.*, pág. 86.

(51) *Cfr.*, en el ámbito del sistema de fuentes, y en particular del papel de la negociación colectiva, precisamente en virtud del reforzamiento de los niveles descentralizados, en particular el nivel de empresa, a través de la potenciación de los acuerdos colectivos de empresa *vid.*, M.^a FERNANDA FERNÁNDEZ, «El papel del convenio colectivo como fuente del Derecho tras la reforma de la legislación laboral». Ahora en *AL* núms. 6-7, 1995. Para el despido *vid.*, M.^a E. CASAS, *op. cit. passim*.

(52) *Cfr.*, para este juicio respecto de la nueva redacción de los despidos por causas económicas F. VALDÉS DAL-RÉ, *op.cit.*, pág. 399.

vas y económicas, ni por razones «inherentes» a la persona del trabajador, sino a la pura conveniencia o capricho del empresario, que puede considerar el despido -y esto sucede desgraciadamente de forma harto frecuente en nuestra realidad empresarial, aunque afortunadamente no pueda considerarse como una actitud generalizada, si bien ahora resulta particularmente facilitada por la normativa vigente- como una medida «adecuada» para reducir los costos laborales e impulsar así -se dice- la competitividad de las empresas (53).

1.1. b) Del paradigma exclusivamente técnico de la racionalidad empresarial al paradigma normativo: la coexistencia de razones opuestas como ratio legis del artículo 51.1 in fine del ET.

Ahora bien, se incurriría en graves vicios de reduccionismo, unilateralidad y mixtificación si se interpretara -aunque, ciertamente, argumentos de tipo formal y literal no faltan para ello- el «espíritu» de la Ley 11/1994, que ha dado una nueva redacción al artículo 51 del ET -última versión, Texto Refundido aprobado por el R.D.Leg. 1/1995- como el intento del legislador de pasar a intervenciones reguladoras exclusivamente conformes a la lógica subjetiva y puramente técnica del mercado y/o de la empresa, en detrimento siempre y en todo caso de los derechos e intereses legítimos de los trabajadores, puesto que ello quebraría radicalmente la razón de ser institucional, la «función social duradera y permanente» del Derecho del Trabajo en los sistemas de economía capitalista: la integración de las relaciones entre capital y trabajo en un contexto económico general a través de la fijación de un (re)equilibrio, precario o inestable y siempre móvil, entre la libertad de empresa y los poderes (incluido particularmente el organizativo y el disciplinario) del empresario, por un lado, y la protección del trabajo asalariado por otro (54).

Sin embargo, expresando la insuprimible tensión dialéctica entre ruptura/continuidad de la historia del Derecho en general, y del Derecho del Trabajo en particular, es obligado confirmar cómo la indiscutible transformación de la racionalidad sistemática inspiradora del ordenamiento jurídico laboral propugnado por las leyes de reforma, más que reproponer una nueva unidimensionalidad o unilateralidad, ahora de signo inverso, favorable al empresario -sin perjuicio de ciertas normas en las que tal inversión efectivamente se produce, como es el caso precisamente de buena parte de la normativa sobre el despido disciplinario- pretende reforzar el carácter transaccional y compromisorio, «ambivalente» del Derecho del Trabajo como «Derecho de

(53) Para la crítica de esta técnica como instrumento efectivo de recuperación de la competitividad empresarial *vid.*, A. PEDRAJAS, *Despido y derechos fundamentales...*, *op. cit.*, pág. 308, y M.ª E. CASAS, *op. cit.*, pág. 9.

(54) *Cfr.*, para esta posición generalizada en la doctrina iuslaboralista M.C. PALOMEQUE-M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, CEURA 1994, pág. 94 y ss.

la producción» y como «Derecho de la redistribución» (55). Cuestión distinta es que, efectivamente, en la actual etapa evolutiva asistimos a una mutación de la lógica de la acción normativa, que de intervenciones aptas para mutar o influir materialmente en las dinámicas del mercado económico y de los comportamientos de las organizaciones empresariales pasa a intervenciones de tipo fundamentalmente pragmático, que toma nota realísimamente de tales dinámicas, y correctores, limitándose a evitar o controlar los efectos particularmente perversos, negativos o arbitrarios para los derechos e intereses individuales y colectivos de los trabajadores implicados (56).

En esta dirección, si ciertamente para el legislador la empresa es un «valor en alza» -y no puede dejar de serlo-, no menos revalorización exige la necesidad de buscar un permanente equilibrio entre los comportamientos empresariales y los intereses diversos y contrapuestos del trabajador, otorgándole una específica y efectiva relevancia y tutela jurídicas, debiéndose compatibilizar el «valor» creado por el empresario con los «valores» que porta el trabajador como sujeto individual y como sujeto colectivo. Precisamente, en esta línea de política legislativa, y de método hermenéutico, la regla del artículo 51.1 último párrafo del ET suministra datos decisivos para comprender el sentido profundo de esta nueva óptica intervencionista del legislador laboral, ya que incorpora expresamente, en una norma reformulada en sentido altamente flexibilizador, de conformidad con un principio de favor hacia la empresa como «agente económico», un *específico instrumento de salvaguarda y defensa de la efectividad del régimen previsto para los despidos colectivos*, frente a eventuales -y altamente previsibles- comportamientos abusivos y arbitrarios de elusión del mismo por parte de los empresarios, ponderando otros intereses colectivos económicos y sociales como exigencia para garantizar la propia «viabilidad, incluso, de los sistemas económicos y sociales» (Exposición de Motivos Ley 11/1994).

De este modo, frente a un «escenario normativo» más ampliamente expuesto al «riesgo de elusión» dada la extraordinaria flexibilidad de la regulación de las diferentes modalidades de despido económico [arts. 51.1 y 52.2 c) ET, nueva redacción por R.D.Leg. 1/1995], y que todavía se agudiza más si se tiene en cuenta, como se señaló, las profundas diferencias de los sistemas de garantías aplicables entre los distintos supuestos, incluidos en particular los despidos disciplinarios,

(55) *Cfr.*, para esta bidireccionalidad recientemente E. BORRAJO, «Reforma laboral...», *op. ultim. cit.* Para el carácter contingente de la «interpretación histórica de dicho equilibrio» pero «sin que en ningún caso la acción legislativa pueda desmantelar el núcleo esencial del acuerdo social sobrentendido (traducible a la postre en la noción de pacto constitucional), so pena de privar al cuerpo jurídico-laboral de su función legitimadora primaria», *vid.*, PALOMEQUE-ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo, op. cit.*, pág. 97. Una tensión de la que es plenamente consciente -al menos formalmente- el legislador reformista, cuando señala que el ordenamiento laboral, sin perjuicio de seguir cumpliendo con una «finalidad fundamental de garantía de la posición de los trabajadores en la relación laboral», desarrolla «al mismo tiempo» una función productiva, por cuanto «proporciona a las empresas instrumentos para una gestión de los recursos humanos que incida favorablemente en la buena marcha de aquéllas» (Exposición de Motivos Ley 11/1994).

(56) *Cfr.*, en general F. BOCHICCHIO, «Fattispecie soggettiva e disciplina dell'attività nel diritto dell'impresa». *Pol. e dir.* núm. 4, 1994, pág. 667.

especialmente devaluados o debilitados en sus exigencias formales, la «regla enunciada en el párrafo 5 del artículo 51.1 del ET tiene el resuelto designio de evitar la evasión de la aplicación del bloque normativo relativo a los despidos colectivos» (57).

De la mera lectura de esta norma aparece inmediatamente la expresa recepción legislativa de la doctrina sobre el despido fraudulento, aunque sólo en relación a los casos de despido colectivo, cuya consecuencia legal recogida en las propias leyes laborales es la readmisión del trabajador sin opción empresarial por la indemnización, como única manera de garantizar la adecuación entre la representación normativa del ordenamiento jurídico y su funcionamiento real o efectivo. En consecuencia, el tema se centra ahora en determinar si esta previsión agota su alcance y valor al específico supuesto previsto -despidos colectivos en fraude de ley-, o si, al contrario, proyecta un alcance sistemático más amplio, extendiéndose tal figura también al despido disciplinario, sea por aplicación directa del artículo 6.º 4 del CC, del que aquella regla no es sino una concreción particular, sea por aplicación analógica del artículo 51.1 *in fine* del ET, en cuanto referible a supuestos semejantes entre los que se aprecia una perfecta asimilación o «*identidad de razón*».

Es decir, se trata de determinar si el legislador ha querido abrir deliberadamente una nueva brecha entre el régimen de garantías dispuesto para los supuestos de doble anomalía, formal y causas, según se trate de despidos disciplinarios o de despidos colectivos, introduciendo un nuevo factor de diversificación normativa, en la línea ya seguida respecto a los despidos por causas económicas, para los que articula una doble vía según el número de trabajadores afectados [arts. 51 y 52.1 c) ET], o entre el tratamiento de los vicios formales entre los despidos disciplinarios y los despidos objetivos (arts. 55.4 y 53.4, respectivamente ET, nueva redacción por R.D.Leg. 1/1995). O si, por el contrario, una adecuada protección del estatuto de derechos de los trabajadores en los supuestos individuales y disciplinarios en fraude de ley exige la nulidad, es decir, la readmisión obligatoria, como única vía de evitar comportamientos arbitrarios, abusivos y elusivos de la disciplina estatutaria y procesal en esta materia, impulsando un similar método de ponderación equilibrada de los diferentes intereses en juego, como entendió antaño una nutrida jurisprudencia, que sancionó con la nulidad todos aquellos despidos realizados a través de un ejercicio abusivo o arbitrario de aparentes facultades empresariales (58).

Ciertamente, la adopción de esta segunda posición interpretativa implica pasar de una lógica meramente técnica y economicista del objetivo de racionalización del mercado y de la organización y gestión de la empresa (*lógica subjetiva del mercado y organización de empresa*), a otra estrictamente normativa, capaz de integrar adecuadamente en un concepto pluralista de organización, como «constelación de intereses» y «lugar para múltiples intervenciones y finalidades», un reglamento

(57) Cfr., F. VALDÉS, *op. cit.*, pág. 414.

(58) Según la conocida formulación de los despidos disciplinarios en fraude de ley, *vid.*, las referencias jurisprudenciales sintetizadas extensamente en la STS de 30 de noviembre de 1991, Ar. 8425.

equilibrado de intereses entre empleador y trabajador, discriminando netamente el régimen jurídico, como hace el artículo 51.1 *in fine* del ET, en función del «grado de arbitrariedad o injusticia de la decisión» (*lógica objetiva del mercado y de la organización*) (59).

Precisamente, intervenciones sistemáticas orientadas a impedir comportamientos arbitrarios por parte de los agentes económicos, como es el caso de este nuevo precepto estatutario, representan un claro índice de la desconfianza en el mercado como exclusivo instrumento regulador y de gobierno de la economía, de modo que, si como confirman las actuales leyes de reforma del mercado de trabajo, el secular conflicto entre mercado e intervención del Estado en la economía parece decantarse hoy a favor del primero, ello no implica en modo alguno, sino todo lo contrario, una atenuación de la regulación heterónoma de la economía, ni mucho menos la liberalización incondicionada del ejercicio de la libertad de empresa y de los poderes de autonomía privada, exigiendo siempre y en todo momento específicos límites correctores y equilibradores. Por eso, aparece inmediatamente el carácter falso de una de las razones de fondo que están detrás del juicio crítico frente a la calificación de nulidad de los despidos fraudulentos, y que, en realidad, conecta con una crítica tradicional de los autores que recelan del reconocimiento normativo de la figura del fraude de ley: supone una importante quiebra de la autonomía privada, en la medida en que implica una ampliación del campo de las prohibiciones jurídicas (60).

Ahora bien, en esta parcela jurídica, no puede decirse rigurosamente que la aplicación del fraude de ley implica una restricción adicional de la autonomía de los particulares, porque todavía en el actual estadio de nuestro ordenamiento laboral, y pese a los fuertes impulsos liberalizadores y revitalizadores de la «autoridad» de los poderes empresariales, la ordenación de la fase extintiva de la relación de trabajo a iniciativa del empleador no se reserva a su autonomía privada. No sería todavía el poder individual del empresario el que volvería a desarrollar, según un antiguo modelo normativo, la función reguladora ni de modo exclusivo ni tan siquiera de forma principal. Antes al contrario, el régimen de garantías jurídicas frente a la arbitrariedad e incluso discrecionalidad de las facultades empresariales, pese a su notoria «devaluación» en la reforma, y pese a la realización de una significativa revisión del reequilibrio entre los principios de estabilidad en el empleo y de libertad de contratación y de libertad de empresa (principio de libre resolución de los contratos), implica una ordenación sobre bases distintas, en las que, además de los objetivos de flexibilización y de ampliación de la autotutela unilateral del empresario, encuentran un importante espacio las exigencias de tutela de los derechos legales y constitucionales del trabajador (61).

(59) *Cfr.* para la adecuación desde el punto de vista de la lógica objetiva del mercado de este mayor rigor jurídico M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «Racionalidad empresarial y mercado de trabajo». Editorial *RL* 1993-II.

(60) *Cfr.*, las conclusiones de H. DESBOIS, *La notion de fraude a la loi et la jurisprudence française*, Dalloz, París, 1927. En este mismo sentido LIGEROPOULO, «La defensa del Derecho contra el fraude». En *RDP*, 1930, pág. 25.

(61) *Cfr.*, para la evolución de los diferentes modelos normativos, desde la configuración del despido como «acto discrecional del empresario» hasta el actual modelo normativo de la Ley 11/1994 en el que nuevamente se vendría a replantear «no sin cierta sorpresa, el anterior sistema de equilibrios institucionales entre aquellas dos opciones político-organizativas básicas (readmisión/idemnización)...». J.L. MONEREO PÉREZ-M. NIEVES MORENO VIDA, *La Reforma del Estatuto... op. cit.*, pág. 195 y ss., *partic. cit.*, pág. 194.

En consecuencia, en esta dimensión del poder de dirección del empresario -facultad de despido integrada en su más genérico poder disciplinario-, la intervención estatal (gobierno o dirección de la economía) no representa una situación excepcional, sino que refleja el carácter inmediatamente normativo, social y no meramente individual del conflicto y, en consecuencia, adquiere la misma amplitud de éste porque no existe una esfera abstracta de autonomía o libertad (62). Es cierto que, según confiesa el propio legislador «reformista», la trascendencia social y económica de los despidos colectivos vinculados a la crisis de funcionamiento de la empresa es mucho más intensa que la proyectada por aquellos despidos en los que «predominan los intereses de carácter individual», que pueden «ser remitidos simplemente a los instrumentos jurídicos establecidos, con carácter general, para la defensa de dichos intereses», pero no menos cierto es que, en cualquier caso, su regulación también forma parte del «aspecto más delicado de los ordenamientos laborales», requiriendo un específico estatuto -aunque, insistimos, hoy debilitado- de garantías formales y de fondo, cuyo funcionamiento real constituye un imperativo básico de todo Estado social de Derecho, so pena de aceptar una definitiva quiebra de los principios constitucionales de legalidad, de efectividad de las normas y de seguridad jurídica (art. 1.º 1 en relación art. 9.º 1, 2 y 3 de la CE).

Precisamente, desde esta perspectiva, resulta obligado matizar en alguna medida importante el generalizado recurso jurisprudencial al carácter «excepcional» de la operatividad de la figura del «fraude de ley» en su aplicación al despido, que entronca plenamente con una etapa primitiva de su configuración conceptual y normativa en la que su utilización como instrumento de control de los actos jurídicos no encontraba una significativa aceptación, precisamente con la justificación formal de que su aplicación implica la cercenación de la autonomía privada, al posibilitar la ampliación del campo de prohibiciones legales, llegando a decir incluso la mejor doctrina civilista que se trataba de un remedio *in extremis* (F. DE CASTRO), y que, respecto del despido nulo en fraude de ley también ha sido recogido por la mejor doctrina iuslaboralista (63).

No sorprende por tanto que, desde esta concepción, se considere suficiente para resolver los problemas de aplicación que tal figura suscita en general, y en particular en su proyección al despido, la reactualización de los efectos interpretativos derivados de un modo tradicional de reconstruir el sistema jurídico, como es el caso del dispositivo regla/excepción (aunque aquí la regla no sería la autonomía privada sino el carácter meramente improcedente del despido, que aparecería como calificación general, frente a la excepción que sería la nulidad). Sin embargo, y como luego acreditaremos más detenidamente, la necesaria funcionalización y relativización de las categorías

(62) Para este debate en términos de teoría general *vid.*, P. BARCELONA, *Un dilema falso: libertad o coacción*. En BARCELONA-HART-MÜCKENBERGER, *La formación del jurista*. Civitas. Reimpresión, 1993. En esta línea, expresamente aplicada a la técnica de fraude de ley, y poniendo de relieve la debilidad del tradicional recurso al mecanismo de la regla/excepción para explicar la dinámica de funcionamiento del fraude de ley, *vid.*, J.A. NAVARRO, *op. cit.*, pág. 191.

(63) *Cfr.*, J.A. NAVARRO, *op. cit.*, pág. 32, para esta observación. En relación a esta figura en la jurisprudencia laboral ya hemos visto la evolución en sentido restrictivo, hasta considerarse como figura «excepcional y extrema». Por todas SSTs de 13 de junio de 1990, Ar. 5067; 21 de junio de 1990, Ar. 5502; 13 de marzo de 1991, Ar. 1851; 30 de noviembre de 1991, Ar. 8425. En la doctrina laboralista, incluso entre los firmes partidarios de un mantenimiento de la figura, J.L. MONEREO PÉREZ-M. NIEVES MORENO VIDA, *op. cit.*, pág. 329.

normativas y conceptuales, así como los principios jurídicos aplicables en cada caso, tratando de delimitar selectivamente sus auténticos supuestos de hecho o tipos normativos y, en consecuencia, sus correspondientes consecuencias jurídicas, si bien no permiten solucionar todas las contradicciones presentes en el régimen actual del despido, sí que *privan de fundamento sistemático tanto al dispositivo inevitablemente conservador de la regla/excepción*, en virtud del cual la adopción del despido nulo en nuestro actual ordenamiento debería realizarse, de aceptarse, de forma extraordinariamente restrictiva, como a cualquier pretensión de generalizar la calificación de nulidad para todo comportamiento abusivo o arbitrario, vaciando prácticamente al despido improcedente que, sin embargo, sí vendría perfectamente tipificado en la normativa laboral (64).

En consecuencia, pues, y en última instancia, el problema se centra en delimitar adecuadamente los respectivos ámbitos de aplicación de los artículos 55.4 del ET, nueva redacción, y 6.º 4 del CC, pero liberándose o emancipándose lo más pronto posible y en el grado conveniente o justo para permitir el adecuado juego de valores y principios constitucionales y de alcance general hoy dominantes, y en buena medida erradicadores de aquel culto dogmático y mítico de opuestos principios que fundamentaban la concepción tradicional articulada por el orden liberal, de aquellos prejuicios político-ideológicos y metodológicos o conceptuales -el exceso de confianza en el papel regulador de la autonomía privada como expresión de un valor de orden superior; la desconfianza en la actividad «creadora» del Juez en base a la ilusión iluminista de una absoluta complitud legislativa del legislador...- que están en la base del permanente recelo evidenciado en la utilización por los Tribunales de la figura del fraude de ley, y del que da cumplida prueba la evolución de la figura del despido nulo por fraude de ley. En este sentido, no puede no advertirse la profunda paradoja que supone el hecho de que, precisamente, un instrumento directamente orientado a hacer efectiva la aplicación de las leyes, como es el caso de la cláusula del fraude de ley, sea visto con enorme cautela y prudencia por los juristas cuando, además, el presunto incremento de arbitrio judicial no deriva ni lógica ni necesariamente de la operatividad de esta figura porque, como veremos, la consecuencia jurídica viene impuesta por la norma eludida, es decir, una norma existente y vigente (65).

Un recelo que todavía resulta más paradójico en la nueva normativa laboral si se tiene en cuenta la revitalización que de tal figura hace el propio legislador, plenamente consciente de las amplias posibilidades para la «elusión» o «evasión» de la normativa del trabajo subordinado en la empresa.

(64) Para la crítica de este recurso inicial al «principio de la regla/excepción» *vid.*, J.A. NAVARRO, *op. ultim. cit.*, quien pone de relieve cómo no puede sorprender que «el fraude generalizado ponga en cuestión la misma obligatoriedad de la norma y su fundamento, por lo que el remedio no puede venir por vía interpretativa», citando como «supuestos más notorios» los que se dan en la legislación fiscal y en la laboral, aunque también en la arrendaticia o en la del retracto, *ibidem*, pág. 32 y nota 32. También, sobre el falso problema del dilema libertad/coacción en función del sector de que se trate, *vid.*, P. BARCELONA, *op. loc. ultim. cit.* Y para la crítica de este paradigma, de conformidad a nuevos supuestos del pensamiento sistemático a través de la lógica de la diferenciación sistémica y conceptos función *vid.*, M. BARCELONA, «Su sistema e método», *op. cit.*, págs. 65 y 66.

(65) *Cfr.*, J.A. NAVARRO, *op. loc. ultim. cit.* Precisamente, desde una perspectiva que combine realismo y normativismo se verá que entre los artículos 55.4 del ET y 6.º 4 del CC no existe ningún conflicto de leyes y que el problema del despido fraudulento plantea un problema que no se da entre normas sino entre normas y comportamientos, *ibidem*, pág. 166.

En esta dirección, no es ocioso volver a enfatizar que no por casualidad la plena afirmación de la teoría del fraude de ley en los actuales ordenamientos se ha producido a raíz de las transformaciones experimentadas por las sociedades contemporáneas, resultando absolutamente necesario para una adecuada comprensión de su significado y alcance, así como su mecanismo de funcionamiento, atender al cúmulo de mutaciones que presenta el proceso de transición desde el modelo liberal del Estado de Derecho al modelo social, del principio de soberanía individual en el ejercicio de los derechos al principio de gobierno de la economía, es decir, del concepto puramente patrimonialista de autonomía privada propio del pensamiento liberal al concepto de autonomía socialmente controlada y limitada (66).

Precisamente, esta comprensión legislativa de las garantías formales y causales como instrumentos de control social del ejercicio de las facultades extintivas del empresario en el plano colectivo, cristalizada en la previsión de una específica garantía de estabilidad real frente a cualquier intento elusivo o ejercicio desviado o anómalo de ambas garantías, según reza en el artículo 51.1 *in fine* del ET, debe ayudar a comprender el «plus» de antijuridicidad que también aparece intrínseco al ejercicio arbitrario de los despidos disciplinarios, exigiendo en consecuencia un plus de intervención jurídica, es decir, un plus de sanción frente a los meramente improcedentes, puesto que los actos fraudulentos no son meramente actos *contra legem* o simplemente antijurídicos.

2. Los términos de la cuestión en el plano técnico: la calificación del despido fraudulento como problema de integración de una laguna jurídica en sentido propio.

2.1. a) *Conceptualización judicial del artículo 55.5 del ET como explícita «norma particular de inclusión» y como implícita «norma general de exclusión» de otros despidos sancionables con la nulidad: consideraciones críticas.*

En cualquier caso, independientemente del sentido de la opción elegida -favorable o desfavorable a una aplicación analógica del art. 51.1 *in fine* ET-, lo cierto es que la mera introducción legislativa de este precepto en el Derecho positivo ya implica una quiebra radical de la manera en que el Tribunal Supremo ha planteado el problema interpretativo referente a la calificación del despido nulo por fraude de ley en el actual estado del ordenamiento laboral vigente. En efecto, ya no es posible sostener el razonamiento de esta jurisprudencia que niega la existencia en la legislación sustantiva -y de su corolario procesal- de una auténtica laguna jurídica o insuficiencia legal en las cali-

(66) *Cfr.*, en un plano general P. BARCELONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*. Giuffrè, Milano, 1969; U. CERRONI, *Teoria della società di massa*. Ed. Riuniti, Roma, 1983. Más recientemente, y en un plano técnico más concreto, se puede ver la concepción de la causa como problema de control social de la autonomía privada. *Vid.* por todos, para un autor nada sospechoso de «desviaciones» -se diría hoy por algunos- socializantes L.M. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Civitas, 1993, pág. 235 y ss.

ficaciones judiciales del despido disciplinario, desestimando las argumentaciones realizadas por una importante orientación de los TTSSJ que, en relación a la normativa anterior a la reforma de 1994, ya afirmaban el carácter no cerrado de la lista del artículo 108.2 de la LPL (de 1990) y, por tanto, la existencia de omisiones legales a integrar por los mecanismos a tal efecto previstos en los ordenamientos jurídicos (67).

Así, para esta orientación jurisprudencial excluyente de la sanción de nulidad del despido fraudulento, el artículo 108.2 de la LPL de 1990 -y hoy con más razón podría pensarse de la actual redacción del art. 55.5 ET y de aquel precepto procesal, de conformidad con el tenor dado por R.D.Leg. 2/1995- constituiría una norma que determinaría los posibles comportamientos extintivos susceptibles de ser calificados judicialmente como nulos, pero que no se limita a operar tal reglamentación, sino que, al mismo tiempo, vendría a excluir de tal calificación de nulidad -y consecuentemente de las consecuencias anudadas por el ordenamiento a tales efectos- los demás supuestos o comportamientos disciplinarios ilícitos no expresamente incluidos en su redacción. De este modo, el razonamiento de fondo de la jurisprudencia del TS, vendría resumido así: el artículo 108.2 -y el art. 55.5 ET- contiene dos normas, una explícita, la «norma particular inclusiva» de los supuestos de despido disciplinario calificables como nulos -en la actual redacción sólo los lesivos de derechos fundamentales-, y otra implícita, una «norma general exclusiva» de todos aquellos no expresamente previstos, que vendrían a incluirse bajo la esfera de aplicación de la normativa reguladora del despido improcedente (68).

Esta posición, sin embargo, presenta, a nuestro juicio, múltiples flancos para la crítica, por su falta de rigurosidad técnico-jurídica, tanto desde el punto de vista del análisis de la estructura lógica de las normas implicadas como desde el punto de vista de su contenido material, y por su falta de apoyo normativo y sistemático en el actual estadio evolutivo de nuestro Derecho. Así, es merecedora de una crítica de tipo metodológico, por cuanto su «fe ciega» en la complitud del Derecho legislado en esta materia supone una suerte de «reexhumación» del dogma positivista de la integridad, al recuperar el ideario del paradigma legalista propio de la Escuela de la Neo-exégesis que, reeditando como postulado fundamental aquel «sueño» de la plenitud de la norma jurídica, insiste y sobrevalora los criterios literales y gramaticales del «texto legislativo», que se convierten, así, en los elementos dominadores de la interpretación (*fetichismo legislativo*). No creemos necesario dedicar un amplio esfuerzo argumental para desacreditar un paradigma de positividad jurídica hoy ampliamente «superado» en la cultura jurídica, y en particular a raíz de la afirmación del principio jurídico constitucional del Estado social de Derecho, considerándose generalmente como «pasado totalmente de moda» (69).

(67) Cfr., para esta negativa STS de 19 de enero de 1994 *cit.* Fundamento Jurídico quinto.

(68) Es la conocida tesis positivista de E. ZITELMANN, *Lücken im Recht.*, Leipzig, 1903, pág. 17, y de D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico.* Milano, 1910, págs. 36 y 37.

(69) Cfr., J. VALLET DE GOYTISOLO. *Metodología jurídica.* Civitas, Madrid, 1988, quien sin embargo observa atinadamente cómo «desgraciadamente, en el cúmulo de leyes que cada vez en mayor cantidad vienen siendo elaboradas fuera de toda técnica de Derecho, se ha vuelto a poner hoy en práctica la exégesis...», pág. 226. Para la crítica del positivismo desde los parámetros constitucionales *vid.*, A. NIETO, «El Positivismo jurídico y la Constitución de 1978». *REDC*, núm. 26, 1989. Más en general K. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho.* Ariel, 1980. partic., págs. 166 y ss., 203 y ss.

2.1. b) *Conceptualización legislativa del artículo 51.1 in fine del ET como «norma particular de inclusión» y del artículo 4.º 1 del CC como «norma general de inclusión» de supuestos análogos de nulidad del despido fraudulento.*

Pero también por lo que refiere a un plano más concreto de la técnica jurídica es posible encontrar puntos extremadamente débiles en la argumentación seguida por la jurisprudencia. Así, debe ponerse de relieve cómo el argumento relativo a la ausencia de una referencia específica en la legislación laboral a esta figura, en modo alguno, puede entenderse ni como decisivo ni como definitivo en la medida en que, precisamente a través de la indispensable labor interpretativa, pudiera registrarse su efectiva presencia en el Derecho positivo o en el sistema u orden jurídico aplicable, dada la vigencia y aplicabilidad general a determinados preceptos que actúan a modo de *principios generales del ordenamiento jurídico*, a los que cabe recurrir como normativa informadora de la práctica judicial, como normativa subsidiaria a aplicar en defecto de ley específica (art. 1.º 4 CC) y como normativa supletoria a aplicar en virtud del artículo 4.º 3 del CC (70).

Éste es el caso de la interdicción del abuso de derecho o de la prohibición de los actos en fraude de ley, apareciendo como categorías jurídicas elaboradas en plena línea de armonía con la evolución de la Teoría General del Derecho, positivizadas en un texto normativo considerado como «materialmente constitucional», aunque se encuadre formalmente en el CC, como es el caso del Título Preliminar, y con efectos en todos los sectores del ordenamiento jurídico, como se desprende de la propia lectura de los preceptos y de los principios de política legislativa que inspiraron su recepción legislativa, a tenor del Preámbulo de la Ley 3/1973, de Bases para la Reforma del Título Preliminar del CC. Una eficacia general confirmada, para el fraude de ley, por el propio Tribunal Constitucional (TCO.), que observa cómo «sólo por tradición histórica, sin duda respetable, conserva en el Código Civil su encaje normativo» (71).

Una vocación de generalidad que en modo alguno puede ser contradicha, como retiene la jurisprudencia criticada, por obra del *argumentum a contrario*, tratando de encontrar una voluntad legislativa contraria a la conservación de la figura, de cuño jurisprudencial, del despido nulo por

(70) Al respecto la ya lejana obra de C. MOLERO MANGLANO, *La supletoriedad del Derecho Común en el Derecho del Trabajo*. Estudios de Trabajo y Previsión. CEC, 1975, y en particular el brillantísimo prólogo del «maestro de maestros» G. BAYÓN CHACÓN, págs. 11-17. También AA.VV. «Permanence du droit civil en droit du travail». CSDS. Editions de L'Université du Bruxelles, 1983, y G. LYON-CAEN. «Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail (première approche)». *Rev. trimdr. civ.* 1974, pág. 230 y ss.

(71) *Cfr.*, STCo. 37/1987, Fundamento Jurídico 8. En esta línea, se ha afirmado con rotundidad que debe partirse de «la base de que la nulidad radical del despido efectuado en fraude de ley es todavía admisible en la actualidad, pese al taxativo elenco de causas de nulidad establecido por el artículo 108.2 del TALPL, y precisamente porque el carácter interdisciplinar del Título Preliminar del CC obliga a proyectar el artículo 6.º 4 a todas las instituciones y entre ellas al despido por causa disciplinaria o al cese que no revista carácter sancionador». STSJ GALICIA de 17 de marzo de 1994, Ar. Soc. 914. También fundamenta la aplicabilidad de la doctrina del despido en fraude de ley, aunque en el sentido restrictivo evidenciado por la evolución jurisprudencial, en la «aplicación de los artículos 6.º 4 y 7.º 2 del CC, contenidos en su Título Preliminar, cuya eficacia se extiende a todas las ramas del Derecho». STSJ LA RIOJA de 26 de enero de 1994, Ar. Soc. 29.

fraude de ley en el hecho que el artículo 108 de la LPL, «sí recoge en cambio la figura también de creación jurisprudencial del despido por causas discriminatorias o con violación de los derechos fundamentales» (72). La recepción normativa de esta figura, según resulta de una pacífica y generalizada doctrina científica y jurisprudencia constitucional al respecto, no era en absoluto disponible para el legislador, ni formaba parte de su libertad de configuración normativa, en cuanto encuentra su fundamento directo e inmediato en la eficacia normativa y en la eficacia jurídica directa e inmediata de los derechos fundamentales, motivo por el cual «alcanza las más altas dosis de estabilidad en nuestro ordenamiento jurídico, en la medida en que no se encuentra sujeto a posibles alteraciones de la voluntad del legislador ordinario» (73).

Ciertamente, fuera del marco normativo e institucional dibujado por la Constitución, el legislador especial -o excepcional- tiene un mayor margen de maniobra respecto de instituciones y principios llamados a desplegar una eficacia general, pudiendo establecer limitaciones o «derogaciones» parciales y selectivas respecto de determinados ámbitos normativos y problemáticos, sin que ello afecte a la unidad, identidad y estabilidad del sistema jurídico, visto desde una perspectiva material y no formal, dinámica y no estática, abierta y no cerrada (74). Ahora bien, positivizado en un marco interdisciplinario un determinado tipo normativo, como es el caso del fraude de ley, para enervar o sustituir los efectos jurídicos típicos atribuidos por tal régimen normativo en relación a todos aquellos supuestos que pueden correctamente reconducirse al esquema de funcionamiento propio de tal cláusula general, es claro que se exige una expresa voluntad del legislador en este sentido modificador o «derogatorio» en un determinado ámbito jurídico (75). En otro caso, se incrementa extremadamente el riesgo de perjudicar gravemente el propio principio de seguridad jurídica que, además de prohibir la interdicción de los poderes públicos, exige certeza y previsibilidad sobre los efectos de un determinado comportamiento.

De esta manera, aparece inmediatamente el carácter falso, puramente ideológico y no técnico, de la segunda objeción de fondo que está detrás de la evolución restrictiva de esta particular figura de despido, y que nuevamente es una simple concreción del recelo que los críticos de la teoría del fraude de ley, como concepto de teoría general y como cláusula de eficacia general, vienen mostrando: supone en todo caso la concesión de un poder exorbitante para la actividad del Juez, de modo

(72) STS de 19 de enero de 1994, cit. Fundamento Jurídico Cuarto.

(73) Cfr. STSJ ANDALUCÍA/Málaga de 7 de septiembre de 1994, Ar. Soc. 3338.

(74) Precisamente, para un reforzamiento de la imagen sistemática del Derecho a través de una reconstrucción según los paradigmas funcional-sistémicos *vid.*, M. BARCELONA, «Su sistema e método. (Per una teoria giuridica sistemica)». *Riv. crit. dir. priv.*, 1990.

(75) Cfr., A. BAYLOS GRAU-J. CRUZ VILLALÓN- M.ª FERNANDA FERNÁNDEZ. *Instituciones... op. cit.*, pág. 301. En este sentido, para la aplicación al despido nulo de la regla recogida en el artículo 6.º 4 del CC, *vid.* STCo., 14/1993, de 18 de enero.

que, en cuanto deja, en última instancia, en manos del arbitrio judicial la valoración de los actos realizados, supone un extremado riesgo para la vigencia del «principio de seguridad jurídica, cuyos requerimientos son particularmente exigentes...en el régimen jurídico del despido» (76).

Sin embargo, los efectos de esta orientación son justamente los contrarios, así, en la esfera de los intereses de los trabajadores, en cuanto carecen de adecuadas garantías de estabilidad y seguridad efectivas de sus derechos contractuales frente a comportamientos arbitrarios o meramente caprichosos de los empresarios (quiebra del principio de seguridad jurídica respecto del respeto de los derechos subjetivos de la persona). Pero también produce fracturas en la de los intereses empresariales, puesto que la inexistencia de un pronunciamiento derogatorio específico del legislador y la eficacia general de instituciones jurídicas plenamente vigentes, abre la puerta a la existencia de múltiples pronunciamientos contrarios, según está acreditando la más reciente experiencia de las aulas judiciales «inferiores» que, ciertamente, cuando comience a analizarse en profundidad el más amplio alcance teórico y práctico del artículo 51.1 *in fine*, ciertamente están destinados a multiplicarse (quiebra del principio de seguridad del ordenamiento jurídico). Y no debe olvidarse que las garantías de efectividad del principio de seguridad jurídica, tanto en su manifestación subjetiva como en su dimensión objetiva, a tenor del artículo 9.º 3 de la CE, constituye *un principio rector del orden público económico* (77).

Profundizando en esta crítica, debe tenerse en cuenta que, en cualquier caso, el fundamento de la sanción se encuentra en el propio «deber ser» inactuado o violado del Derecho positivo vigente, por lo que, lejos de evocar una vaga referencia a principios generales o a evanescentes y escurridizos expedientes moralistas o subjetivistas, es el resultado derivado de una correcta -efectiva- aplicación de las normas, tanto la de cobertura como la eludida, consideradas en una perspectiva netamente dinámica a través de su interpretación teleológica y sistemática, así como de la valoración de los actos o comportamientos empresariales a la luz de los efectos de esta normativa, legitimándose la intervención del Juez en base a la aplicación de estrictos preceptos jurídicos, que exigen una conexión constante de las normas con los objetos sociales típicos a que hacen referencia, de tal manera que se puede explicar teóricamente desde una perspectiva que conjugue el normativismo con el realismo jurídico (78). Estricta racionalidad jurídica que en modo alguno viene cuestionada por el hecho de que esta técnica atribuya al Juez el necesario margen de elasticidad y dinamicidad para adecuar la norma a la realidad social (art. 3.º 1 CC), margen que sin duda hoy se acepta inserto tanto en el plano normativo, es decir, en toda proposición normativa, que ofrece «un ámbito más o menos amplio de significados posibles», y en el propio plano ordinamental, es decir, en la observación del «sistema normativo globalmente considerado» (79).

(76) Cfr., STS de 19 de enero de 1994, *cit.*

(77) Para estas diferentes manifestaciones del principio constitucional de seguridad jurídica, considerado como «uno de los principios rectores del orden público económico» *vid.*, L.M. DÍEZ PICAZO. *Fundamentos... op. cit.*, pág. 52 y ss.

(78) *Vid.*, L. FERRAJOLI, *op. loc. ultim. cit.* en el plano general, y lo sigue en la reconstrucción del fraude de ley J.A. NAVARRO, *op. loc. cit.* pág. 180.

(79) Cfr., P. BARCELONA, «La formación del jurista», En *id.*, *op. cit.* pág. 34.

Precisamente, esta última constatación nos permite entrar en una tercera línea argumental, crítica que resulta particularmente relevante para alcanzar una respuesta diferente respecto a la vigencia o no del despido nulo por fraude de ley en nuestro Derecho positivo. En efecto, la posición negativa defendida recientemente por la Sala de lo Social del TS, culminando una línea progresivamente restrictiva en su admisibilidad, parece ignorar que, en un ordenamiento jurídico como el nuestro, existe un tercer tipo de norma, a añadir a las normas particulares inclusivas y a la general exclusiva, y que es «inclusiva» y «general» al mismo tiempo: «*norma general inclusiva*» (80). La característica fundamental de esta norma, que es precisamente la contenida en el artículo 4.º 1 del CC, es regular en forma idéntica los casos no comprendidos en la norma particular -para nosotros el art. 51.1 *in fine* ET- pero semejantes a éstos por expresar una identidad de razón -evitar y sancionar adecuadamente la conducta elusiva de un determinado comportamiento respecto del cumplimiento efectivo de una determinada normativa, cuya aplicación debe garantizarse realmente-.

De esta manera, es claro que a raíz de la *introducción de una nueva norma particular inclusiva de un supuesto típico de despido nulo por fraude de ley* -aunque de tipo colectivo-, el planteamiento del problema interpretativo de la calificación de estos mismos supuestos en los despidos disciplinarios debería -en sentido normativo o *de lege conditio* y no en sentido meramente ético o *de lege ferenda*- variar radicalmente: es ahora posible -aunque en menor medida ya lo era en la redacción de la LPL de 1990- aplicar dos normas diferentes, que conducen a soluciones opuestas: aplicar la norma general inclusiva (*argumentum a simili*), aplicando analógicamente el nuevo precepto estatutario a estos despidos, o bien, aplicar la norma general exclusiva, excluyéndolos de tal aplicación (*argumentum a contrario*). Ahora bien, sea uno u otro el sentido de la opción interpretativa, el simple hecho de que, ahora, el problema de los despidos disciplinarios realizados en fraude de ley, y no regulados específicamente, pueda ser objeto de dos soluciones opuestas, es claro que resulta menos simple, menos llano y menos obvio de cuanto pretende hacernos creer la posición, extremadamente lineal, del carácter cerrado de la normativa aplicable (art. 55.5 ET, Texto Refundido aprobado por R.D.Leg. 1/1995, art. 108.2 LPL, Texto Refundido aprobado por R.D.Leg. 2/1995).

Si, como creemos haber acreditado, *existen dos soluciones posibles, y la decisión entre ambas corresponde al intérprete*, es inaceptable que exista una laguna que consiste precisamente en el hecho de que *el ordenamiento jurídico ha dejado sin decidir cuál de las dos soluciones es la correcta*. De este modo, no sólo resulta inaceptable excluir la existencia de una laguna o insuficiencia legal en esta materia, contrariamente a lo que mantiene la jurisprudencia reciente del TS revelando la falta de integridad del ordenamiento laboral vigente en este punto. En consecuencia, queda expedito el camino para proceder a la autointegración del ordenamiento laboral respecto del cuadro de calificaciones judiciales de despido nulo por fraude de ley y/o abuso de derecho, a través de los dos procedimientos, aunque como luego veremos convergentes en este ámbito, tradicionalmente identificados a tal fin:

(80) Cfr., N. BOBBIO, *Teoría general del Derecho*, Debate, 1990, pág. 235.

- a) *La analogía* (mediante aplicación analógica del art. 51.1 *in fine* ET).
- b) *Los principios y/o cláusulas generales del Derecho* (a través de la aplicación en vía supletoria de las prohibiciones del arts. 6.º 4 y/o 7.º 2 CC).

Entender otra cosa, obstinándose en mantener a ultranza y de modo incondicionado el juicio excluyente mantenido por el TS, supone introducir una mayor complejidad en un panorama que, como hemos visto, ya aparece extraordinariamente confuso, generando una doble quiebra en la regla de coherencia material y funcional del sistema jurídico que, si ciertamente no es condición para la validez de las normas, es siempre condición para la justicia del ordenamiento. En efecto, en primer lugar, se incurriría en una profunda incoherencia o antinomia con principios de general aplicación en nuestro ordenamiento normativo, orientados a establecer adecuados mecanismos de defensa de una determinada disciplina que se pretende eludir por la acción de la autonomía de la voluntad, creando artificiosamente las condiciones para el desplazamiento de una regulación por otra a pura conveniencia y capricho de los intereses empresariales. En segundo lugar, se abriría una fractura insalvable *-rectius*, se agudizaría en extremo- entre las garantías previstas para los despidos disciplinarios y para los despidos colectivos, con el consiguiente incremento de elusión también de estos últimos, pues la depreciación profunda de las garantías formales y causales -de prosperar la tesis negativa- amplía enormemente la posibilidad de obtener el mismo resultado elusivo prohibido por el artículo 51.1 último párrafo del ET a través del recurso a la modalidad extintiva del despido disciplinario.

En consecuencia, y sin perjuicio de reconocer una significativa proximidad en esta cuestión de los problemas de satisfacción de la exigencia de coherencia y la necesidad de integridad de un ordenamiento jurídico, particularmente del ordenamiento laboral en una etapa caracterizada por profundos cambios legislativos, originando la multiplicación de aporías lógicas y semánticas, de antinomias o contradicciones normativas y sistemáticas, así como de importantes lagunas de regulación, e incluso ideológicas, respecto de la calificación del despido disciplinario en fraude de ley, no estamos en el terreno técnico de las contradicciones -«integridad por exuberancia»- sino en un problema de integración de lagunas jurídicas -«integridad por deficiencia»- (81).

En definitiva, la radical inexactitud e incorrección, tanto en el plano metodológico como en el plano normativo, de un razonamiento que basa toda la interpretación en la confianza en un texto legislativo *per se* «infalible» y omnicompreensivo, pone de relieve que toda lógica que se construya sobre estos datos equivocados ha de dar necesariamente resultados falsos: la pérdida de vigencia de la figura del despido nulo en fraude de ley en los actuales textos procesales y sustantivos. Sin embargo, un análisis más en profundidad de tales textos, a la luz de una interpretación sistemática de los artículos 6.º 4 del CC y 51.1 *in fine* del ET, revelarán, como venimos sosteniendo y trataremos de acreditar más sólidamente, la conclusión contraria: *en el estado actual del ordenamiento laboral*

(81) Que «no faltan en la mejor literatura jurídica señas de la necesidad de un estudio común» (SAVIGNY, CARNELUTTI) es constatado por N. BOBBIO, *Teoría general...*, *op. cit.* pág. 222.

vigente, la calificación de nulidad del despido disciplinario realizado en fraude de ley tiene perfecta cabida en la legislación procesal y sustantiva, privando incluso de fundamento el extremado recurso al dispositivo regla/excepción, carácter realizado bajo el imperio de la derogada normativa sustantiva y procesal por la jurisprudencia y por la más autorizada doctrina.

III. RECOMPOSICIÓN LEGISLATIVA DE LA EQUIVALENCIA DESPIDO FRAUDULENTO IGUAL A NULIDAD: RAZONES JURÍDICAS PARA UNA APLICACIÓN ANALÓGICA DEL ARTÍCULO 51.1 DEL ET AL DESPIDO DISCIPLINARIO

1. El tipo normativo sancionado por el artículo 51.1 *in fine* del ET: conductas empresariales extintivas anómalas en el procedimiento y en la causa.

A tal fin, ya se ha indicado en varias ocasiones que el reconocimiento normativo de un específico supuesto de despido nulo en fraude de ley introduce un decisivo elemento novatorio del tratamiento judicial decantado respecto de esta figura en el ámbito de los despidos disciplinarios, sea por estrictas razones de integración normativa, sea por más amplias razones de coherencia sistemática. Ahora bien, para alcanzar más plenamente la identidad de razón que, pese o por encima de la diferencia de supuestos, existe entre las figuras de cuño jurisprudencial y la nueva de cuño legislativo, se hace preciso primeramente identificar el mecanismo de funcionamiento o el tipo normativo recogido en el artículo 51.1 *in fine* del ET en relación a la figura genérica recogida en el artículo 6.º 4 del CC de modo que la posibilidad de concluir una dinámica de valoración semejante, nos abriría la puerta para la ampliación en vía interpretativa de la solución adoptada por el legislador laboral en plena línea de sintonía con el legislador común.

Y en esta dirección, como también se ha advertido previamente, es inequívoca la finalidad que el nuevo precepto estatutario -y el corolario procesal del art. 122.2 d)- persigue al prever esta específica cláusula de defensa o salvaguarda de la recta, en aplicación de la nueva disciplina normativa: evitar correctamente -en términos de efectividad-, por un lado, la sustitución subjetivamente interesada del procedimiento conflicto colectivo, mediante la fragmentación meramente formal y dispersión temporal de una pluralidad de supuestos que tendrían en el plano de la observación real de los hechos una causa justificativa común (*desviación o anomalía procedimental del comportamiento empresarial*), y, consecuentemente, reprimir adecuadamente -también en términos de garantías reales y efectivas-, por otro, este tipo de conductas empresariales artificiosa o ficticiamente orientadas, durante períodos sucesivos de 90 días, a realizar extinciones de contratos al amparo del artículo 52 c) en número inferior al que define el carácter colectivo sin una causa que, de modo real y serio -en términos normativos-, autorice o justifique este tipo de despidos (*desviación o anomalía causal de la conducta resolutoria del empresario*), sancionándolas con la nulidad (82).

(82) Cfr., para algunos problemas interpretativos de este precepto F. VALDÉS DAL-RE, *op. cit.*, pág. 415.

De este modo, el legislador suministra una trascendental clave reconstructiva e interpretativa al operador jurídico, en cuanto pone de relieve la imposibilidad de determinar la validez de los negocios jurídicos típicos, como el despido, no se agota en la simple verificación de su conformidad estructural a las previsiones formales y abstractas de las normas, sino que requieren un análisis realista. Así, en la medida en que el propio legislador es consciente de la ampliación de las posibilidades abiertas por la flexibilización de las distintas modalidades de despido, en particular de la «extraordinaria porosidad» (VALDÉS) que ofrece el criterio que traza la frontera que sirve para calificar cada una de las modalidades de despido económico [arts. 52 c) y 51 ET], en orden a utilizar los esquemas negociales típicos para realizar operaciones económicas prohibidas, el juicio de legitimidad y de validez-efectividad del negocio exige ir más allá de la valoración de su eventual perfección estructural para atender al acto en su global perfil regulador y ordinamental -exigiendo, pues, también la observación de conductas extintivas formalmente disciplinarias pero materialmente colectivas-.

Y precisamente, la necesidad de una investigación de este tipo sobre la base de articular una diversa relación acto-ordenamiento jurídico, a los fines de determinar la validez del negocio viene sancionada de forma genérica por el artículo 6.º 4 del CC, del que vendría a ser, pues, una mera concreción: prohibición legal de realizar actos en fraude de ley. Así, la mejor doctrina privatista ha puesto de relieve cómo, en realidad, el negocio jurídico en fraude de ley presenta una desviación profunda o «anomalía» que afecta a la seriedad y realidad de la causa, pudiendo determinar su ilicitud, así como, al mismo tiempo, una determinante «anomalía en el procedimiento» seguido para actuar la finalidad o materializar un resultado determinado, que resulta por tanto prohibido o reprobado por el ordenamiento jurídico (83).

Por eso, en la *ratio legis* del artículo 6.º 4 del CC, la condena del fraude es la expresión del predominio del elemento de la causa concreta sobre la abstracción y la forma, atendiendo al fin práctico o resultado social propuesto con el negocio jurídico. Y éste sería, sin duda, el sentido que adquiere en la concreción del artículo 51.1 párrafo 5 del ET, centrado más en un vicio de fondo que en un vicio de forma, aunque ambos vayan estrechamente conectados, si bien el prevalente es el perfil causal (84). Lo que significa aceptar, por parte del legislador laboral, de un lado, la moderna corriente doctrinal y jurisprudencial que «incorpora» el motivo a la causa a través del reconocimiento de relevancia jurídica, frente al dogma iusprivatista tradicionalmente contrario, a los motivos del acto de autonomía privada, en la fórmula objetivada del «motivo determinante» (teoría de la causa concreta), y, de otro, una conceptualización de la causa del acto de despido como problema de control jurí-

(83) Cfr. F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Civitas, 1985, págs. 374 y 375.

(84) No por casualidad una importante orientación doctrinal italiana se preocupó por poner de relieve que, en realidad, la admisión de la nulidad por fraude de ley era conceder relieve al perfil causal del acto de despido. Cfr., A. CESSARI, *La risoluzione del contratto di lavoro in frode alle legge*. Temi. pág. 38 y ss., cuyas premisas fueron retomadas por U. NATOLI, «Diritto a lavoro, inserzione del lavoratore nell'azienda e recesso ad nutum». *Riv. giur. lav.*, 1951, pág. 118 y ss. De ahí que, con el debido respeto, no compartamos la orientación seguida por J.M. BLANCO MARTÍN, «La regulación del despido disciplinario en la nueva legislación laboral». En F. VALDÉS (coord.), *La reforma...* op. cit., pág. 454.

dico de la autonomía privada, realizado no en forma abstracta sino en concreto, es decir, en base a la valoración global del equilibrio de intereses presentes en el orden social, de modo que el acto pueda ser invalidado siempre que resulte contrario o produzca daños a un interés dotado de una mayor protección jurídica, como aquellos sintetizados en las cláusulas de utilidad social, dignidad personal, libertad y seguridad, que son principios fundamentales del ordenamiento laboral respecto de los cuales el ejercicio de los poderes empresariales, incluido el poder de autotutela resolutoria por pretendidas razones disciplinarias, debe mantener una permanente coherencia causal (85).

Desde esta perspectiva, es posible ya apreciar de modo inmediato las enormes posibilidades que el legislador abre para reacreditar la calificación de nulidad del despido disciplinario en fraude de ley. En efecto, aunque resulta arduo sintetizar la copiosa jurisprudencia dictada hasta el momento en torno a esta categoría de despidos nulos, dada la diversidad de supuestos contemplados y los razonamientos ambiguos cuando no confusos utilizados por los diversos pronunciamientos para proceder a la calificación de nulidad, careciendo en la mayoría de las situaciones de la debida concreción del fundamento legal correspondiente, en cuanto en unos casos se alude al artículo 6.º 4 del CC, en otros se refiere al artículo 7.º 2 del CC, y en los más se alude conjuntamente a ambos, incluso se cuentan significativas referencias a la buena fe del artículo 7.º 1 del CC, siendo harto frecuente acompañar referencias profusas a preceptos constitucionales, incluso fuera de los relativos a derechos fundamentales, como es el caso del artículo 35.1 o el artículo 10.1 de la CE (86). Sin embargo, y sin perjuicio de las necesarias matizaciones, es posible encontrar en los últimos tiempos una línea de fondo común respecto al tipo normativo o supuesto de hecho, conectado de una u otra manera con la **existencia de relevantes anomalías causales: ejercicio arbitrario de aparentes facultades empresariales tendentes a conseguir finalidades opuestas a las perseguidas por el ordenamiento jurídico, realizando un despido sin causa o con imputación de motivos falsos, irreales o totalmente desconectados con la relación laboral** (87).

(85) *Vid.*, en general para esta orientación moderna, que separa netamente el perfil de la función del negocio jurídico del perfil de su causa, L.M. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos... op. cit.* pág. 235 y ss. En esta dirección, también podría encontrar importantes líneas de relativización la clásica polémica, hoy en buena medida superada, entre los partidarios de las tesis subjetivistas del fraude de ley -que parecería acoger el art. 51.1 *in fine* ET al aludir expresamente a la realización de extinciones «con el objeto de eludir las previsiones...»- y las teorías objetivistas. *Vid.*, para la polémica J.A. NAVARRRO, *op. cit.*, pág. 25 y ss.

(86) *Cfr.*, para la crítica de este confusionismo, aunque reconduciendo la mayoría de los supuestos al abuso de derecho y no al fraude de ley, J. GORELLI «La nulidad radical del despido por fraude o abuso de derecho en la jurisprudencia laboral». *RL*, núm. 24, 1989, pág. 34 y ss. Para un análisis específico de los diversos supuestos englobados en esta categoría *vid.*, A. OJEDA AVILÉS, *Los despidos radicalmente nulos por fraude de ley, op. cit. passim.*; M. GARCÍA FERNÁNDEZ, *Configuración judicial del despido radicalmente nulo... op. cit. passim.* En la doctrina judicial *vid.*, recientemente el amplio reexamen crítico STSJ ANDALUCÍA/Málaga de 7 de septiembre de 1994, *cit.*

(87) *Cfr.*, entre otras SSTs de 9 de mayo de 1986, Ar. 2513; 23 de junio de 1988, Ar. 6033; 21 de marzo de 1989, Ar. 1901; 17 de marzo de 1990, Ar. 2165; 30 de noviembre de 1991, Ar. 8425. La conexión de esta categoría de despidos con vicios relativos a la causa, bien por su inexistencia, bien por su falsedad, bien por su ilicitud, aparece nítida en la recepción que las Salas de lo Social de los TTSSJ han hecho de la construcción del TS y del TCT. *Vid.*, STSJ GALICIA, 17 de marzo de 1994, Ar. Soc. 914.

Por tanto, el recurso prevalente a la técnica jurídica del fraude de ley por parte de esta jurisprudencia, que debe conectarse de manera directa e inmediata en su fundamento último con los fenómenos de objetivización y, en cierta medida, «funcionalización» de la autonomía privada, representa una de las manifestaciones más ilustrativas o paradigmáticas de la contemporánea función desplegada por un concepto clásico, pero hoy actualísimo, la causa del negocio jurídico, en cuanto requisito estructural del mismo que sirve de garantía para la realización de una pluralidad de intereses sociales. De ahí que, dada la esencialidad del requisito para el juicio de valoración sobre su validez, legitimidad y eficacia, sus eventuales efectos anulatorios no requieran de particulares normativas que lo contemplen específicamente, abriendo amplios horizontes a la interpretación analógica, particularmente en aquellas situaciones donde concurren especiales dosis de arbitrariedad, capricho o rebeldía social (88).

En definitiva, individualizado el centro de gravedad de los tipos normativos en los vicios de procedimiento y sobre todo en la anomalía causal, es posible ya registrar una significativa aproximación o similitud entre la categoría de despido nulo recibida por el legislador y la configurada para los despidos disciplinarios por la jurisprudencia (*relación de semejanza que no identidad entre los tipos normativos* de ambas categorías, legislativa y jurisprudencial, de despido nulo). Pero esto, con ser ciertamente relevante, no es por sí solo suficiente, puesto que, como se sabe, el artículo 4.º 1 del CC alude a la «identidad de razón», es decir, a la identidad con las razones de política jurídica que están en la base de la intervención en garantía de la efectividad de la disciplina de los despidos colectivos.

2. La singular «naturaleza jurídica» de la sanción de nulidad prevista en el artículo 51.1 del ET: la tutela mediata de intereses colectivos como razón de ser del precepto.

En efecto, la reconducción de la cuestión de la justificación causal de los despidos a un problema de control jurídico de dimensión social respecto de la autonomía privada, a través del recurso en determinados supuestos a la técnica del fraude de ley, sea por la construcción jurisprudencial de la que ahora predicamos su rehabilitación, sea por la nueva figura de despido nulo de cuño legislativo, en realidad, implica una conceptualización de las relaciones obligatorias como estructuras complejas, tanto en el plano de su estructura como en el de su función, que lejos de agotarse en una reglamentación u organización de intereses particulares adquieren también el significado de instrumentos canalizadores de otros «*intereses que el ordenamiento jurídico considere legítimos*», condicionando en todo caso los resultados perseguidos a través de su constitución a una legitimidad más global, vista desde el punto de vista del ordenamiento jurídico. De ahí, la progresiva aparición de numerosos ámbitos jurídicos en los cuales la valoración de la validez de un negocio se hace depender de un juicio de validez y utilidad para el ordenamiento, y no sólo para los sujetos implicados, y en los cuales, al mismo tiempo, las medidas orientadas a realizar el interés general se entrecruzan con aquellas destinadas a realizar los intereses privados.

(88) Cfr., F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, op. cit., pág. 374.

Precisamente, en este contexto, puede comprenderse plenamente la revitalización experimentada en tiempos recientes por un singular tipo de «sanción civil»: las denominadas «*sanciones civiles punitivas*» o «*sanciones civiles indirectas*». Se trata de «sanciones» en sentido técnico jurídico, pero caracterizadas estructuralmente por su carácter de instrumento protector de un interés particular, según el esquema tradicional de la sanción civil, aunque funcionalmente se caracterizan, y esta idea identifica su singularidad o peculiaridad como sanción, por servir de *instrumento de defensa o garantía de la efectividad del ordenamiento jurídico*, en cuanto dirigidos a prevenir o evitar y, en su caso, a sancionar «la transgresión de preceptos puestos para la salvaguarda de intereses generales», o, cuando menos, de carácter social o colectivo que deben ser ponderados en el juicio de valoración del negocio jurídico a los efectos de determinar el tipo de sanción a aplicar (89).

Es decir, se trata de normas introducidas no tanto en orden a proporcionar una tutela restitutoria o una tutela resarcitoria del daño, que priman el perfil de reintegración de esferas patrimoniales individuales lesionadas, satisfaciendo así primariamente un interés particular, sino más bien en orden a tutelar un interés general o colectivo, aunque tal tutela o protección se consiga a través de la actuación de garantías de posiciones de un interés individual. En consecuencia, aunque de forma mediata, cumplen una inequívoca función de control social y de gobierno efectivo de las relaciones sociales, particularmente respecto de determinadas organizaciones y poderes privados (90). Por lo que este nuevo protagonismo resulta plenamente coherente con un proceso de *recuperación del significado del concepto de orden público jurídico*, en particular respecto de los contenidos constitucionalmente determinados, *como límite intrínseco al ejercicio de los poderes de autonomía privada y de libertad de empresa* (91).

De ahí que, en nuestra opinión, la nulidad prevista por el artículo 51.1 último párrafo del ET pueda -y deba- configurarse como perteneciente al concepto de las «sanciones civiles punitivas» o «indirectas», suministrándonos una adecuada categoría cognoscitiva de la realidad normativa contenida en este nuevo precepto estatutario, que cumple además una importante «función de política jurídica» orientada a mantener un permanente equilibrio entre la representación normativa de un ordenamiento, en particular respecto de sus valores, intereses y bienes jurídicamente protegidos en el plano constitucional, y su funcionamiento real (92). En este sentido, como se ha puesto autoriza-

(89) Cfr., F. GALGANO, «Alla ricerca delle sanzioni indirette: premesse generali». *Contr. e impr.*, núm. 2, 1987, pág. 531.

(90) Cfr., en general para esta función de la sanción punitiva H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*. Ediz. Comunità. Milano, 1959, pág. 15 y ss. De modo específico *vid.*, F.D. BUSNELLI, *Dalle pene private alle sanzioni civili punitive*, 1986, *cit.* por F. GALGANO, *op. loc. ultim. cit.*

(91) Cfr., para esta función del orden público en el moderno Derecho privado F. DE CASTRO, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad». *ADC*, 1982, pág. 987 y ss. Para esta función en relación al más moderno y discutido concepto de «orden público económico» *vid.*, J.I. FONT GALÁN, *Constitución económica y Derecho de la Competencia*. Tecnos, 1987.

(92) Se trata, pues, en estos casos de efectivas y genuinas prohibiciones de despido que no admiten más tutela que la real, efectiva o reintegradora, propia de la idea de nulidad: un límite a las normas permisivas y meramente transaccionales. *Vid.*, F. CARINCI, «In tema di "divieto di licenziamento" della lavoratrice gestante». *Riv. trim. dir. e proc.*, 1967, pág. 1.589 y ss.

damente de relieve, colocando su objetivo fundamental en la persecución de la tutela efectiva de la disciplina puesta legislativamente para la realización de los despidos colectivos, la cláusula de salvaguarda prevista en aquel precepto «actúa de modo exclusivo en el ámbito de imputación de los despidos económicos individuales», que estimándose como fraudulentos se sancionan expresamente con la ineficacia radical, es decir, con la tutela de estabilidad real [arts. 113 y 280.1 b), nueva redacción del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral aprobado por el R.D.Leg. 2/1995].

Así, también desde este plano de observación, puede apreciarse la profunda similitud entre la construcción jurisprudencial del despido nulo en fraude de ley y el supuesto recogido ahora por el legislador. Al margen del dato, ya reseñado, de que el funcionamiento correcto y efectivo de este precepto no puede llevar a excluir, antes todo lo contrario, la posibilidad de que la conducta elusiva de la disciplina colectiva se realice a través de la modalidad disciplinaria del despido, debe notarse que la razón de ser o el fundamento básico de la afirmación jurisprudencial de la nulidad del despido en fraude de ley, por carecer absolutamente de causa o resultar ésta notoriamente irreal, falta de la realidad y seriedad debidas, se hacía recaer no sólo en la frustración jurídica de un comportamiento desviado respecto de la normativa reguladora de los despidos causales, sin que, por la enorme significación y valoración objetivas que merecen los bienes e intereses protegidos, «los más elementales principios del ordenamiento laboral», presuponian un comportamiento social -y también éticamente- desaprobado y radicalmente prohibido en el mundo del Derecho (93).

A este respecto, no puede dejarse de subrayar aquí la extraordinaria trascendencia que la referencia normativa al concepto de «ordenamiento jurídico», presente en el tenor literal del artículo 6.º 4 del CC, proyecta en la configuración teórica y funcionamiento práctico del fraude, tal y como acreditan ambas concreciones en el campo laboral de esta institución, apareciendo como perfectamente congruente con la finalidad última: la más completa o íntegra salvaguarda de la efectividad del orden jurídico, que, como tal, requiere una peculiar consideración al sistema de fuentes, y en particular a los principios jurídicos fundamentales informadores del ordenamiento normativo, que pueden aparecer como una de las posibles normas «eludidas» por los comportamientos fraudulentos (94).

- (93) Resulta plenamente verificable este plus de antijuridicidad, respecto de la ilicitud de los comportamientos previstos en el artículo 55.4 para los despidos improcedentes, en la consolidada orientación que consideraba sancionable con la nulidad aquellos despidos en fraude de ley por sobrepasar el ejercicio de las facultades empresariales (confusión aquí con el abuso del derecho que aparecería en realidad como el instrumento según veremos en el texto) «los límites normales de la aplicación de las leyes, con base en la ejecución de actos contrarios a la realización de la justicia, o en maniobras que pretenden tergiversar el sentido ético y el contenido objetivo de la norma, en aras de sus particulares intereses, con el propósito de obtener un resultado beneficioso en perjuicio de terceros». STS de 17 de marzo de 1990, ar. 2165. Siguiendo, así, una consolidadísima y ya antigua jurisprudencia sobre el «fraude civil» de la Sala Primera. Últimamente por todas STS de 30 de mayo de 1994, ar. 3765, que alude a la violación del «concepto ético...de las normas... que pretende cobertura legal, al acomodarse a la letra de la ley, pero vulnerando su sentido, espíritu y la filosofía de rectitud y adecuada ordenación social que la debe inspirar...».
- (94) Cfr., F. DE CASTRO, *El Derecho civil de España*. Civitas, págs. 57 y 58. También C. DE LA VEGA BENAYAS, *Teoría, aplicación y eficacia de las normas en el Código civil*. Civitas, Madrid, 1976, págs. 236 y 237. No sorprende, pues, que en la misma época en la que se desarrolla la teoría del fraude de ley se haga lo propio con teorías sobre el ordenamiento jurídico o aparezcan las tendencias a reforzar el pensamiento sistemático a través de las teorías sistémicas, en las que estas cláusulas válvula o cláusulas generales cumplen una específica labor de autointegración y autorreproducción material del ordenamiento jurídico. Vid., para la constatación J.A. NAVARRO, *op. cit.*, pág. 32. Y para un intento de fundar una teoría jurídica sistemática de este tipo M. BARCELLONA, *Su sistema e método...*, *op. cit. passim*.

3. El principio de estabilidad «real» en el empleo como «norma eludida» en las hipótesis más típicas de «fraude laboral»: la verificación legislativa en el artículo 51.1 del ET.

Tras estas consideraciones, parece clara la preponderancia que en la configuración judicial del fraude de ley, en particular en su aplicación al despido, tiene la idea de adoptar una perspectiva ordinamental en la aplicación de las normas, considerando el ordenamiento jurídico como un todo. La noción, pues, de «ordenamiento jurídico», expresamente normativizada en el artículo 6.º 4 del CC, y pese a las críticas autorizadas que ha merecido, resulta determinante para la configuración del fraude, ya que la extensión y significado que alcanza su «condena» en cada momento histórico responde a la medida en que se estima necesario proteger el cumplimiento de las leyes, sirviendo de valioso instrumento para superar el rígido positivismo legalista y para la corrección del automatismo jurídico en la aplicación de las normas (95).

La finalidad fundamental, la razón de ser institucional y normativa, de la positivización del fraude de ley en el Título Preliminar del CC por tanto, resulta ser la «restauración» del orden jurídico que el acto - o serie de actos o actividad- de carácter fraudulento persigue quebrar. Ahora bien, desde esta perspectiva, aparece igualmente claro que uno de los problemas más delicados para su correcta aplicación es la búsqueda de la norma eludida. En este sentido, aunque ciertamente en la mayoría de los casos se responde que ha de tratarse de una norma imperativa concreta, no menos cierto resulta que, en determinadas ocasiones, tal norma puede localizarse en una norma consuetudinaria, en una regla jurisprudencial e incluso en un principio general del Derecho o en un principio jurídico propio de cada sector jurídico en el que el fraude vaya a operar (96).

Y precisamente, son esta función general restauradora del «orden jurídico» y, en conexión con ella, la salvaguarda, protección o tutela en términos de efectividad de un principio jurídico general, hoy constitucionalmente consagrado, los factores que permiten encontrar una significativa reconstrucción unitaria, por encima de los diversos supuestos y contextos normativos en los que se aplica, de las principales manifestaciones jurisprudenciales y legislativas de lo que podríamos denominar, en paralelo a la denominación de «fraude civil», «fraude fiscal», «fraude procesal», como «fraude

(95) Se sigue así la idea guía expresada por la propia Exposición de Motivos de la Ley de Reforma del Título Preliminar respecto a esta figura. Recientemente subraya la necesidad de considerar la aplicación del Derecho en una perspectiva ordinamental la STCo. 150/1990. Crítico al respecto, por considerar extraña a la genuina configuración del fraude de ley, en cuanto que lo que se defraudaría es una ley imperativa concreta, L.M. DÍEZ-PICAZO, «El abuso de derecho y el fraude de ley en el nuevo Título Preliminar del Código civil y el problema de sus recíprocas relaciones». Documentación Jurídica, núm. 4, pág. 1.341. Reconoce sin embargo su valor, reconociendo la corrección del automatismo jurídico a través del fraude y del abuso del derecho, GITRAMA, en Curso monográfico sobre la ley de bases para la modificación del Título Preliminar del Código civil. Colegio de Abogados de Valencia. Valencia, 1975, págs. 122 y 123, y C. DE LA VEGA, «Teoría, aplicación...» *op. cit.*, pág. 237.

(96) Para esta referencia general al sistema de fuentes *vid.*, DE LA VEGA, *op. ultim. cit.*, pág. 237. Y lo acepta también, aunque con cautela, J.A. NAVARRO, *op. cit.*, pág. 87.

laboral»: este criterio unitario no es otro que la *tutela jurídica, judicial o legislativa, efectiva del principio constitucional de estabilidad en el empleo, en particular en la dimensión concretada en la exigencia de causa real y seria*, sea para el ingreso, sea para la permanencia, sea para la extinción de la relación laboral. Una protección del principio de estabilidad en el empleo en ocasiones resulta expresamente exigido por el legislador, defendiendo de forma efectiva o «real» la vinculación jurídica entre trabajador y empresario (presunción de indefinición de la contratación realizada en fraude de ley -art. 15.3 ET-; obligación de readmisión sin posibilidad de sustituirla por indemnización cuando se extinga la relación defraudando la disciplina del despido colectivo -art. 51.1 *in fine* ET-; reforzamiento subjetivo de las distintas responsabilidades derivadas de la relación de trabajo a través de la técnica de la solidaridad y derecho a adquirir la condición de fijeza cuando la interposición en la relación sólo persigue una finalidad fraudulenta o elusiva -art. 43 ET-; nulidad de las decisiones de traslado o modificación de condiciones sustanciales -arts. 40.1 *in fine* y 41.3 *in fine* ET) (97).

Es claro que en estos supuestos existe una concreta norma eludida, por lo que la referencia al principio de estabilidad tendrá sólo el sentido de aclarar o reforzar la obligación de respeto de las leyes laborales, en un momento en el que, como se ha dicho, hay mayor flexibilidad en la configuración de los distintos regímenes de las causas de despido, o incluso de las modalidades temporales de contratación. Ahora bien, en otras situaciones, serán los Jueces los encargados de sancionar la producción de resultados prohibidos por el ordenamiento jurídico, a través de la concreción particular de las previsiones normativas del artículo 6.º 4 del CC -u otras manifestaciones generales positivas como el art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) o el art. 75.1 LPL- que, como ya se dijo, es una norma que reclama del Juez una labor aplicativa de la Ley y del Derecho capaz de mantener la adecuación entre la representación normativa de éste y su funcionamiento real, exigiéndole una tarea de recomposición constante del sistema jurídico en general, y del ordenamiento laboral en particular (98).

(97) Cfr., para una visión de conjunto de estos diferentes supuestos, aunque para la legislación anterior a la reforma, aunque, a excepción del supuesto del artículo 51.1 *in fine*, se mantiene el contenido normativo fundamental para los restantes casos en la actual redacción dada por el R.D. Leg. 1/1995, con la importante reforma en materia de legalización de las ETT, J.M. GALIANA MORENO, *El fraude de ley en las relaciones de trabajo...*, op. cit. *passim*. Respecto de la contratación temporal es claro el objetivo del legislador -otra cosa es que lo consiga realmente- de restaurar el principio de causalidad en la contratación, al derogar la normativa sobre el contrato de fomento del empleo, aunque con la relatividad y confusión que genera el hecho de que se mantenga la posibilidad gubernamental en el artículo 17.3 y con los cuatro regímenes transitorios que conviven en la actualidad. Para el debate sobre el principio en el actual estadio evolutivo del ordenamiento laboral, y en particular respecto de la generalización de la contratación temporal (con la desaparición de la presunción de indefinición del art. 15.1 ET), vid., R. MARTÍNEZ EMPERADOR, *Estabilidad en el empleo y contratación temporal*. IELSS, Madrid, 1983; A. OJEDA AVILÉS, *El fin de un principio, el de estabilidad en el empleo*. AA.VV., *Estudios de Derecho del Trabajo* en homenaje al profesor G. BAYÓN CHACÓN. Tecnos, Madrid, 1980; A. MONTOYA MELGAR, «Estabilidad en el empleo: la regla y sus excepciones». REDT, núm. 10, 1982.

(98) La decisiva influencia de la doctrina jurisprudencial en la configuración del concepto jurídico de fraude es reconocida tanto por la doctrina civilista como la laboralista, como prueba el hecho de que los principales estudios en materia son siempre realizados sobre el «tratamiento jurisprudencial». Vid., J.A. NAVARRO, op. cit. *passim*.; J.M. GALIANA, op. cit. *passim*.

Buen exponente de esta observación normativa es la construcción judicial del concepto de «grupos de empresas» -que, en última instancia, no es sino un desarrollo por la jurisprudencia laboral de la teoría judicial del levantamiento del velo por fraude de ley o «abuso de la persona jurídica»-. En efecto, en esta labor reconstructiva se asiste a una auténtica movilización general de *los más elementales principios que informan el ordenamiento jurídico laboral* -el de primacía de la realidad, el principio protector, el principio de la buena fe-, con objeto de evitar que, a través de la preconstitución de estructuras organizativas artificiales o meramente formales, se conculquen, eludan o defrauden las previsiones normativas en perjuicio de los derechos en intereses de los trabajadores. A tal fin, identificando al «verdadero empresario» más allá de las formas jurídicas, no sólo se refuerza la responsabilidad empresarial a través del principio de solidaridad sino que, en última instancia, se vincula la relación de trabajo no al empleador formal (instrumento de cobertura) sino a una organización empresarial de estructura más compleja (la organización de la empresa con estructura de grupo, cuyo régimen jurídico efectivo se trata de eludir), con los consiguientes efectos positivos en términos de refuerzo de la estabilidad en el empleo, en sentido amplio, para el trabajador (99).

A la vista de tan importantes precedentes, sea de naturaleza judicial, sea de origen legislativo -que vienen a reafirmarse, e incluso a reforzarse a través de nuevas disposiciones, por el legislador reformista- no puede sorprender en modo alguno que, en la última etapa de la construcción judicial del despido nulo por fraude de ley, apareciera con particular fuerza su conexión con el principio de estabilidad en el empleo, y, como corolario, con el principio de causalidad exigido por el artículo 35 de la CE, apoyándose en la regla de la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico y en el de adecuación a la realidad social en que el mismo debe realizar el orden y la «paz social» (arts. 9.º, en sus tres apartados, art. 10.1 CE; art. 3.º 1 CC y art. 5.º 1 LOPJ).

De ahí que realizar las decisiones extintivas del empresario «buscando inadecuado amparo en normas que autorizan un despido causal para lograr un resultado contrario al ordenamiento jurídico, cual es obtener una declaración de improcedencia para despido carente de causa, por ser inventada la que dolosamente se adujo», se entienda un comportamiento atentatorio contra el principio de estabilidad en el empleo recogido en el derecho constitucional al trabajo, porque cuando el despido se realiza «con dosis de arbitrariedad especialmente intensa, atentatoria de los más elementales principios que informan el ordenamiento jurídico laboral», tal derecho «*resulta devaluado más allá de lo razonable* y es, en definitiva, objeto de una agresión frontal, respecto de la que es desproporcionadamente tenue y, sobre todo, insatisfactoria para el contenido esencial de aquél, la solución expropiatoria reflejada en la calificación de improcedencia...» (100).

(99) Paradigmáticas de esta construcción son, por citar las más recientes, entre una copiosísima jurisprudencia hoy disponible, particularmente de los TTSSJ la SSTS de 24 de septiembre de 1994, STSJ PAÍS VASCO de 25 de junio de 1993, Ar. Soc. 2877, y STSJ GALICIA de 17 de marzo de 1994, Ar. Soc. 914, y el extenso resumen de jurisprudencia que ésta recoge. También interesante, por el análisis de Derecho positivo y de Derecho judicial que realiza, la STS de 30 de junio de 1993. Recientemente sobre distintos problemas de los grupos *vid.*, AA.VV. *Aspectos laborales de los grupos de empresas*. Consejo General del Poder Judicial, 1994.

(100) *Cfr.*, STSJ PAÍS VASCO, como la de 3 de mayo de 1991, Ar. Soc. 3267. Para el carácter prohibido de toda extinción carente de causa *vid.*, SSTS de 20 de marzo de 1991, Ar. 1882 y 30 de noviembre de 1991, Ar. 8425.

Es claro, pues, que la preocupación central de Jueces y legisladores laborales es evitar que, a través de comportamientos empresariales formalmente amparados por una norma -sean lícitos, según la hipótesis normal, o antijurídicos, como es el caso del despido improcedente- se eluda la normativa sobre despido causal, en cuanto exigida por imperativos constitucionales, que vienen, así, a incidir profundamente en la configuración del fraude de ley, puesto que aunque no se confunda la Constitución con el «resto» del ordenamiento jurídico, lo cierto es que no sólo forma parte de éste -art. 9.º 1 CE- sino que en ella se encuentran los valores y principios que afectan a las raíces mismas del ordenamiento jurídico español, que a tenor de la Exposición de Motivos del Texto Articulado de Reforma del Título Preliminar y del propio artículo 6.º 4 del CC es preponderante en la configuración del fraude de ley (101).

Sería posible objetar que razonando de esta manera se vienen a confundir dos nociones conceptualmente diversas como son las de orden público y fraude de ley, ambas configuradas como cláusulas generales que actúan como límites intrínsecos a la autonomía de la voluntad. Sin embargo, como entiende la doctrina más reciente, no puede confundirse aquella noción con la de fraude, como instrumento para determinar una contravención y sus efectos. Cosa distinta es que, no obstante, cuando se acude fundamentalmente a los principios del ordenamiento, y no a una concreta norma, como criterio para calificar un determinado comportamiento como fraudulento, aparece una relación entre ambos de tipo instrumental, en cuanto la función del orden público, en este caso el orden público relevante en materia laboral, sería la de determinar la existencia de un fraude de ley, lo que resulta posible en virtud de la alusión al ordenamiento jurídico en la positivización de esta noción, sin que ello implique una confusión conceptual y estructural, sino una instrumentalización funcional (102).

4. El valor legal doctrinalmente clarificador y políticamente garantista pero jurídicamente declarativo y no constitutivo del artículo 51.1 *in fine* del ET.

En definitiva, y como conclusión, tras las observaciones hasta aquí realizadas parece claro que, por un lado, buena parte de los supuestos precedentemente calificados de despido nulo por la jurisprudencia en cuanto cristalizadores de un resultado prohibido por el ordenamiento, al realizarse en forma fraudulenta, y a los que se vinculaba la sanción específica propia del mismo -nulidad y aplicación, consecuente, de la norma eludida, el principio de estabilidad real-, pueden aproximarse significativamente al supuesto de hecho normativo recogido en el artículo 51.1 *in fine* del ET, porque no sólo constituyen situaciones plenamente asimilables desde una perspectiva fáctica o material -aunque se enmarquen en contextos normativos diversos los despidos disciplinarios y los despidos colectivos-, sino que, como se ha visto, guardan una decisiva «identidad de razón», es decir, la razón de ser u objetivo de política jurídica (principio de control y tutela social), así como el criterio determinante del fraude, son esencialmente coincidentes.

(101) Cfr., J.A. NAVARRO, *op. cit.*, pág. 174, siguiendo las pautas de L. FERRAJOLI, *La semántica...*, *op. cit.*, pág. 129.

(102) Para los problemas de su distinción conceptual *vid.*, J.A. NAVARRO, *op. cit.*, pág. 71 y ss.

Por otro lado, tanto de la mera lectura del precepto contenido en el artículo 51.1 *in fine*, como de un análisis más en profundidad de los rasgos básicos del fraude de ley tipificado en el artículo 6.º 4 del CC, tanto respecto de su función como de sus elementos estructurales, no parece haber ninguna duda de que en este nuevo precepto estatutario nos encontramos ante un tipo normativo en el que concurren todos y cada uno de los requisitos tipológicos del fraude de ley, normativamente sancionado con valor y alcance proyectable como instrumento de control de la efectividad de las normas en todas y cada una de las ramas jurídicas, en particular en aquellas donde el orden jurídico gira fundamentalmente en torno al problema de la extensión y límites de la autonomía privada -y de la libertad de empresa-.

En consecuencia, parece indiscutible que, con la expresa recepción de la teoría del fraude de ley para los despidos colectivos, el legislador no ha hecho sino introducir un decisivo *factor de clarificación* en un panorama bastante confuso en este punto -una confusión que respecto del despido nulo en general él mismo ha ampliado con la reforma en otro punto, como es el despido formal-, así como un significativo *elemento de tipo garantista*, reforzando la protección que merecen determinados intereses individuales, colectivos y sociales implicados. Ahora bien, en ningún caso, puede entenderse que este reconocimiento legislativo tenga un *valor jurídico de naturaleza* constitutiva sino *meramente declarativa*, de modo que, de no existir tal previsión, conviene dejar claro que tales supuestos hubieran debido sancionarse del mismo modo, encontrando pleno fundamento en un precepto jurídico, el artículo 6.º 4 del CC, que positiviza un instrumento de control de aplicación general a todos los hechos, comportamientos o negocios jurídicos, cuya sanción de nulidad sólo podría evitarse con un pronunciamiento específico en contra del legislador, a tenor del artículo 6.º 3 del CC (103).

En consecuencia, el artículo 51.1 *in fine* del ET, interpretado como acto de recepción específica para el campo laboral del artículo 6.º 4 del CC, debe entenderse como un sólido fundamento legal a aplicar, naturalmente no directamente sino en vía analógica, a los supuestos de despido disciplinario en fraude de ley, otorgándoles nuevamente la carta de naturaleza que una equívoca e incluso incorrecta jurisprudencia del TS parece negarles en la actual etapa del Derecho del Trabajo, a través de la aplicación del principio que se ha recibido legislativamente con aquel precepto (104). Por

(103) Parafraseamos, así, la calificación realizada por la doctrina respecto de los despidos nulos por lesión de derechos fundamentales. *Vid.*, J. CRUZ VILLALÓN, *Régimen jurídico...*, *op. cit.*, pág. 71. Precisamente, por este valor meramente declarativo y no constitutivo, recogido ahora netamente en las leyes sustantivas y procesales, que por tanto impone al Juez imponer la nulidad de tales despidos (art. 124 LPL), sorprende que fuera rechazado en alguna ocasión su carácter fraudulento, *vid.*, STS de 11 de abril de 1990, Ar. 3462.

(104) Aunque el método de la analogía y el de los principios generales, en línea teórica, deben ser diferenciados (*vid.*, N. BOBBIO, *Teoría General...*, pág. 248 y ss.), lo cierto es que, en la medida en que, como reconoce el artículo 4.º 1 del CC, la identidad se hace no en cuanto a los supuestos regulados sino en cuanto a la razón de política jurídica que lleva a esa regulación, es decir, a la orientación o base de la convivencia social a la que responde (*Ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio*), la analogía puede entenderse como la labor de búsqueda del principio general común al que pueden responder los diferentes supuestos, es decir, «el principio que se recibe o puede ser recibido a través de la ley». *Vid.*, F. DE CASTRO, *El Derecho civil...*, *op. cit.*, pág. 480.

tanto, desde el punto de vista legal, la vigencia de la figura de los despidos nulos por fraude de ley contrastaría con un doble apoyo o refrendo legal: *directamente*, el artículo 6.º 4 del CC, fundamento autónomo y plenamente operante, *analógicamente*, el artículo 51 *in fine* del ET. De ahí que, declarado judicialmente nulo al amparo de esta normativa, deberá ejecutarse en sus propios términos, es decir, con obligación de readmitir, a tenor de la nueva redacción del artículo 279.1 b) de la LPL.

Pero si se aceptan tales constataciones normativas -según creemos haber acreditado-, la reflexión sobre el significado de la reforma respecto de la nulidad del despido disciplinario puede reservarnos una significativa sorpresa, merecedora en este caso de un juicio parcialmente positivo, en cuanto permite vislumbrar un criterio para proceder a la reconstrucción unitaria de esta categoría de despidos, resultando su régimen menos caótico de lo que parece en una primera y superficial lectura.

En efecto, es posible afirmar que el modelo normativo instaurado por la reforma de la Ley 11/1994, ahora concretado en el TR de la LPL aprobado por el R.D.Leg. 2/1995, establece un reequilibrio de poderes diverso al establecido por la reforma procesal concretada en el precedente TALPL aprobado por el Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril: si ésta intentaba realizar un reequilibrio de los poderes asimétricos típicos del Derecho del Trabajo como derecho de la redistribución que, inspirado en un principio jurídico de estabilidad real o efectiva en el empleo, extiende los supuestos calificables judicialmente como nulos; aquélla redistribuye tales poderes asimétricos típicos de un Derecho del Trabajo como derecho de la producción que, inspirado por un diverso principio de tutela meramente obligacional (simple subrogado o modo de ser del principio de libre resolubilidad, como hasta el mismo TCo. ha reconocido), restringe los supuestos incluíbles dentro de esta categoría, como acredita la recalificación de los despidos informales, quebrando así una aquilatada tradición legislativa.

Sin embargo, si bien comprendido el significado de la reforma en esta materia concreta, tal recalificación de los despidos viciados formalmente -e incluso, al menos en apariencia, de aquellos realizados estando en suspenso un contrato- no tiene que significar necesariamente ni una reducción automática, al menos de carácter sustancial, del ámbito de aplicación de la nulidad del despido disciplinario, ni una efectiva «inversión» de tendencia en el sistema de garantías materiales o sustanciales de los derechos del trabajador, ni tan siquiera una auténtica deformación o «distorsión» de categorías jurídicas tradicionales en nuestro Derecho, sino más bien una evolución normativa de estos conceptos de conformidad con los imperativos constitucionales y aquellos derivados del ordenamiento jurídico en general. En cualquier caso, tales consecuencias no son una expresa opción acogida por el legislador -no es una decisión de política legislativa cristalizada en la reforma- sino más bien el resultado de una -incorrecta, en nuestra opinión- interpretación, de modo que, en esta perspectiva, la reforma debe considerarse como *un producto sólo potencialmente defectuoso*, dependiendo la materialización de tales defectos de la aplicación práctica y no tanto de la configuración legislativa. Más aún: entendida en un determinado sentido, exigido por la interpretación teleológica y sistemática, y adoptando las debidas cautelas, la reforma puede considerarse en este punto como *un producto potencialmente valioso* (105).

(105) Tomado con este sentido de las diferentes posibilidades, podría aplicarse en esta materia perfectamente la idea del profesor G. VARDARO, para el cual la «crisis de las certezas, en efecto, puede significar no sólo el declinar de las certezas pasadas, sino también prefiguración de futuras posibilidades». *Vid., Contratti collettivi..., op. cit.,* pág. 30.

Así, por lo que respecta, en primer lugar, a la «depreciación» del sistema de garantías formales del despido, tradicionalmente sometido a la tutela de la calificación de nulidad, debe aclararse que el impacto efectivo de tan significativa novedad es menos intenso -por tanto menos grave- de lo que podría entenderse en un primer momento, por lo que no tiene que afectar, desde un punto de vista sustancial, negativamente a las razones de protección preeminentes sobre el poder de autotutela del empresario subyacentes a tal sistema. En efecto, por un lado, tales garantías formales ya habían sido sometidas a un intenso proceso de flexibilización por la jurisprudencia, en la que viene prevaleciendo una lectura estrictamente finalista, de modo que la omisión de determinados aspectos sólo conllevaba la nulidad del despido si generaba una efectiva indefensión, conectándose además las exigencias formales de la carta con el principio de igualdad de las partes en el proceso (106). Ahora bien, esta perspectiva finalista no sólo encuentra cobertura en la actual ordenación normativa del despido nulo, sino que se refuerza legalmente a través de la específica previsión de la nulidad por lesión de los derechos fundamentales, entre los que se encuentran los artículos 14 y 24 de la CE, que, por supuesto, claro está, no pueden ser conculcados en ningún grado ni en ninguna forma por la decisión de despedir, por lo que, ya se lleve a cabo con un «móvil» lesivo, ya se realicen a través de formas o modalidades lesivas, deberán ser sancionados con la nulidad del artículo 55.5 del ET -y corolario procesal en el art. 108.2 LPL-.

De este modo, entroncamos con el auténtico hilo conductor de la reforma en materia de despido nulo, y que nos señala, como se advirtió, el criterio definidor de un concepto jurídico unitario: desplazamiento o transición de la prevalencia del perfil formal a la prevalencia del perfil causal, culminando la curva histórica del modelo normativo tradicional de despido nulo iniciada ya con la redacción originaria del ET, que estableció una doble modalidad dentro de los despidos nulos (107). En consecuencia, este modelo dual o dicotómico, por razones de forma, de un lado, por razones de fondo, por otro, vuelve a reducirse a una única tipología -a diferencia de los despidos objetivos-, *no formalista sino sustantiva*, aunque, a su vez, este concepto unitario encuentre una doble vía de manifestación (*concepción sustancial del despido disciplinario nulo*): por lesión de derechos fundamentales, de una parte, por carecer de causa real y seria, cuando estos supuestos puedan ser comprendidos en el tipo normativo del artículo 6.º 4 del CC o mantengan una perfecta relación de semejanza o identidad de razón con el positivizado en el artículo 51.1 *in fine* del ET -que como hemos visto no es sino una concreción para los despidos por causas económicas del art. 6.º 4 del CC-.

(106) *Cfr.*, como caso extremo una significativa doctrina del extinto TCT que incluso llegó a considerar que «si en la demanda y en el acto de juicio el accionante se da por enterado de lo que se le imputa, y sin alegar indefensión... articula su defensa sobre tales hechos, es evidente que la comunicación escrita ha cumplido su cometido». STCT de 3 de febrero de 1987, Ar. 2190. Confirma esta evolución la STSJ ANDALUCÍA/Málaga de 17 de septiembre de 1994, Ar. Soc. 3338. *Cfr.*, en general J. GARCÍA MURCIA, «El despido nulo por defectos formales en la nueva Ley de Procedimiento Laboral». *AL* 1991, núm. 40. Tampoco debería olvidarse el lamentable período en el que la LPL de 1980, excediendo gravemente la delegación legislativa contenida en la disposición final 6.ª del ET equiparó los efectos del despido nulo a los del despido improcedente, vaciando de contenido la estabilidad real prevista por éste para los despidos nulos con la «readmisión inmediata». *Cfr.*, nuestro trabajo *Hacia un nuevo sistema de ejecución de las sentencias que declaran el despido nulo: ¿el fin de una ilegalidad?* AA.VV., *Estudios sobre la Ley de Procedimiento Laboral...*, *op. cit. passim.*, para un estudio detenido de la jurisprudencia y de la doctrina sobre este conflictivo punto.

(107) Para esta evolución *vid.*, por todos C. PALOMEQUE, *Las principales novedades del proceso...*, *op. cit. passim*, partic. pág. 108 y ss., y J.L. MONEREO-M.ª NIEVES MORENO, *op. cit. passim.*, partic. pág. 245 y ss.

El nuevo legislador estatutario, pues, adopta una decidida postura antiformalista en la modalidad del despido disciplinario nulo, y acoge una posición sustancial o material, centrando los vicios de nulidad -como parece más propio- en razones de fondo, relativos a relevantes anomalías en la causa -ilegitimidad constitucional o carácter fraudulento del negocio resolutorio, con lo que, además de restaurar, nuevamente (108), el sentido de una categoría elaborada y proyectada en un ámbito de eficacia general, como es el caso de la institución del fraude de ley, se recompone legislativamente la equivalencia básica entre la sanción de nulidad del despido y la realización de comportamientos o negocios jurídicos fraudulentos, independientemente del sector jurídico en el que la figura opere, y que había sido quebrada por la más reciente jurisprudencia del TS, que ahora deberá ser revisada, conforme a las pautas interpretativas aquí señaladas.

IV. UN ESPACIO PROPIO PARA EL FRAUDE DE LEY EN LA ORDENACIÓN DE LA NULIDAD DEL DESPIDO DISCIPLINARIO: VALORACIÓN Y SANCIÓN DE SU ANTI-JURIDICIDAD CONFORME AL PARADIGMA DEL ARTÍCULO 6.º 4 del CC

1. Absorción en la calificación legislativa de improcedencia de la sanción civil ex artículo 7.º 2 del CC: el abuso como instrumento para actuar un comportamiento fraudulento en el ejercicio de la facultad resolutoria ex artículo 54 del ET.

Sin embargo, pese a la solidez y contundencia de los argumentos estrictamente jurídicos -al margen de aquellos estrictamente político-jurídicos, atinentes a los escasos o nulos efectos que la recalificación de estos despidos como improcedentes proyecta para conseguir efectivamente los objetivos flexibilizadores de la organización empresarial, o aquellos relativos a la creación de empleo, propuestos por la reforma, a cambio de los extraordinarios costos que supone en términos de coherencia e integridad del sistema jurídico, como exigencias para la efectividad de la certeza y la justicia del Derecho (109)- que creemos avalan plenamente esta tesis, todavía podría argüirse en contra-

(108) Como ya ocurriera con la LPL de 1990 respecto al concepto de nulidad, cuyo sentido originario en la construcción privatista, frustrado por la LPL de 1980, fue luego restaurado a través de la atribución a la calificación de nulidad de los efectos que le son propios, como la readmisión obligatoria sin indemnización. *Vid.*, nuestro trabajo «Hacia un nuevo sistema de ejecución de las sentencias que declaran el despido nulo.... AA.VV., *Estudios sobre la Ley de Procedimiento Laboral...*, *op. cit.*, pág. 445 y ss. Aunque ciertamente pudiera pensarse que nuevamente se ha producido una «distorsión» del concepto al eliminar la calificación por el incumplimiento de formas que han venido desarrollando tradicionalmente funciones *ad solemnitatem* que, conforme a los principios generales del Derecho privado, dada su función constitutiva, deberían merecer la sanción de nulidad. Ahora bien, además de tener en cuenta lo dicho en el texto sobre la nulidad por lesión de derechos fundamentales cuando no cumpla su función de evitar la indefensión, ha de tenerse en cuenta que la categoría de nulidad no es un concepto uniforme, y depende en buena medida de la configuración legislativa, tal y como ha puesto de relieve la mejor doctrina civilista. *Cfr.*, L.M DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil...*, *op. cit.*, pág. 429.

(109) En consecuencia, tampoco aplicando una lógica economicista en la aplicación del Derecho, según el esquema de los costos/beneficios, se justifica la opción judicial de rechazar la vigencia de los despidos nulos en fraude de ley, *vid.*, M.ª E. CASAS. *op. cit.*, pág. 9.

rio que, en realidad, tal pronunciamiento sobre una sanción diferente ya existe, el artículo 55.4 del ET, entendida como *norma particular inclusiva* de la antijuridicidad de los despidos en fraude de ley: puesto que a diferencia del fraude, cuyo presupuesto sería la apariencia de licitud, la improcedencia parte de un comportamiento ilícito, previendo el mismo la sanción oportuna, no cabría apreciar para la mayoría de los supuestos la existencia de comportamientos fraudulentos, tratándose de actos contrarios a Derecho, dotados de una sanción inespecífica y típica (110).

En consecuencia, la gran objeción que se presenta a la calificación del despido fraudulento como nulo, reconociéndole un espacio autónomo dentro de esta institución, es la existencia de la categoría normativa de los despidos improcedentes, como actos antijurídicos. Ahora bien, tal objeción puede resultar correcta, y por tanto, compatible respecto al abuso de derecho, respecto del cual cabe aceptar que, en nuestro ordenamiento laboral, los elementos tipológicos de esta institución concurren en una u otra medida en el despido improcedente, de modo que la legislación laboral no dejaría ningún espacio material para calificar, a través de una aplicación supletoria del artículo 7.º 2 del CC, una conducta abusiva empresarial de este tipo de modo diverso a la improcedencia, pero en modo alguno puede compartirse esta afirmación respecto del fraude de ley, institución jurídica que debe distinguirse de aquella, pese a las enormes dificultades tanto teóricas como prácticas para establecer su delimitación, cuestión que no se puede determinar *a priori*, presentándose históricamente de modo diferente, y sin perjuicio de considerar una significativa unidad funcional y problemática: se trata en ambos casos de las relaciones entre autonomía privada y la esfera reguladora estatal, de la mediación del Derecho en las relaciones entre Economía y Política (111).

A este respecto, la jurisprudencia parece coincidir en negar esta aplicación supletoria del abuso de derecho, al considerar que se está en presencia de una decisión legislativa -la norma sobre despido improcedente, hoy art. 55.4 ET-, que

«Impide en este concreto sector, la aplicación de los efectos tradicionales del abuso del derecho... (lo que) con independencia del juicio de valor que pueda cada uno formular, es una opción legítima que responde a finalidades de política social, que los Jueces y Tribunales han de hacer efectiva en sus resoluciones, y que se negaría de aplicarse... la institución del abuso del derecho, pues no cabe duda de que, de alguna forma, tras... los despidos declarados jurídicamente improcedentes...

(110) *Cfr.*, J. CRUZ VILLALÓN, *Régimen jurídico...*, *op. cit.*, pág. 84, y V. CONDE MARTÍN DE HIJAS, *Fraude de ley y jurisprudencia*, *op. cit.*, págs. 203, 214 y 215.

(111) Que constituyen un problema común lo evidencia el dato cierto de que la evolución de ambas figuras ha corrido una suerte paralela, no apareciendo clara su distinción ni tan siquiera en la mejor doctrina civilista. *Cfr.*, para una central preocupación por encontrar los elementos que los aproximan frente a los que los diferencian *vid.*, L.M. DÍEZ-PICAZO, *El abuso de derecho...*, *op. cit. passim*. Más orientado a diferenciarlos, sin perjuicio de identificar algún elemento común, F. DE CASTRO, *Derecho Civil...*, *op. cit.*, pág. 607 y ss. Tampoco aparece claro el tema en la doctrina ius-laboralista puesto que, junto a aquella doctrina, ciertamente autorizada, que niega tal espacio propio y autónomo a una sanción más radical (*vid.*, J. CRUZ..., *op. loc. ultim. cit.*), algún otro autor ha señalado justo lo contrario, que la aplicación del abuso permitiría, de conformidad al artículo 7.º 2 aplicar una sanción más radical. *Cfr.*, J. GORELLI, *La nulidad radical...*, *op. cit.*, pág. 43.

hay, o puede haber, un abuso de derecho al utilizarse una forma con fin distinto al que le es consustancial, pero cuyo correctivo jurídico... no es en este sector el que funciona con normalidad en el resto del ordenamiento, sino otro distinto consistente en una indemnización tasada...» (112).

Es claro que la aceptación de esta dirección que absorbe la «sanción civil» indirecta o punitiva de la prohibición del abuso de derecho y/o de su ejercicio antisocial ex artículo 7.º 2 del CC en la «sanción laboral» ex artículo 56 del ET, implica reconocer una significativa restricción o un importante recorte al protagonismo que, en la formulación aportada actualmente por la doctrina iusprivatista, adquiere el arbitrio judicial, cuyo despliegue o ejercicio pleno, sea tanto en la delimitación de la extensión y naturaleza del carácter abusivo del concreto comportamiento, en atención a las diversas circunstancias que puedan concurrir, sea también en la determinación de las sanciones correspondientes, adecuándolas al modo, forma e importancia social de la conducta, aparece inequívocamente recogida en la letra y en el espíritu del artículo 7.º 2 del CC (113). Por tanto, los dos factores principales concurrentes en el ejercicio abusivo de la facultad resolutoria del empresario, ausencia de un interés real y serio, es decir, legítimo, así como el uso anormal o extralimitado de la misma, es decir, desviada respecto de la finalidad o función asignada por el ordenamiento a tal prerrogativa empresarial, sólo comprometería una responsabilidad del empresario causante del acto o comportamiento de tipo reparatorio o de resarcimiento de los daños y perjuicios cristalizada en la indemnización ex artículo 56 del ET, y no en el sentido aquí visto de actuación de una verdadera y genuina sanción civil punitiva o indirecta que, en cuanto lesiva del orden público laboral, exigiría un «plus» de responsabilidad de tipo restitutorio *in integrum* o de cumplimiento específico y no por equivalente (114).

En nuestra opinión, sin embargo, en este tipo de despidos, en realidad, existiría una relación instrumental o de causa a efecto entre el abuso y el fraude: **el abuso de las facultades empresariales de extinción, extralimitándose en su ejercicio, con lesión incluso del límite de orden públi-**

(112) STS de 18 de julio de 1985, ar. 3809, sobre la que se ha expresado un juicio positivo, al considerarla «rectificadora» de la «perturbadora doctrina del despido nulo radical». *Vid.*, R. IRUZUBIETA, *El abuso de derecho y el fraude de ley...*, *op. cit.*, pág. 299.

(113) Para este protagonismo del Juez en la definición de los límites que se desbordan o se desconocen en una conducta calificable de abusiva, en atención a los distintos casos, «de verdadera importancia social» y del «particularismo» *vid.*, J. CALVO SOTELO, *La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo*. Edit. Reus, Madrid, 1917, pág. 125. Precisamente, este reconocimiento de que en el supuesto del artículo 7.º 2 estamos en presencia «de un ejercicio pleno del arbitrio judicial», ha llevado a ciertos autores a advertir de las tensiones que la doctrina del abuso puede producir para la «correcta realización de la justicia», en cuanto pueden producirse «malformaciones muy peligrosas». *Vid.*, R. IRUZUBIETA, *El abuso del derecho y el fraude de ley en el Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, pág. 36, cuya posición adolece, en nuestra opinión, y dicho sea con el debido respeto, de una cierta influencia de aquellos prejuicios ideológicos y metodológicos que están en la base de la tradicional desconfianza de los juristas en el recurso a cláusulas generales como las del abuso, el fraude o la propia buena fe, y que explica cómo la propia teoría del abuso viene encontrando, como acertadamente recoge el propio autor, «grandes detractores». *Ibidem*, pág. 46, nota 42.

(114) Para la centralidad de la responsabilidad meramente reparatoria en los supuestos de abuso de derecho, «una vez concurrentes ambos factores», puede verse la doctrina más tradicional, J. CALVO SOTELO, *La doctrina del abuso...* *op. cit.* pág. 118. Tampoco a consecuencias más comprometidas nos llevaría la distinción del «acto simplemente injustificado, simplemente abusivo, del acto ilegal, el cual exige una sanción por su ilegalidad misma...». JOSSERAND, *El espíritu de los derechos y su relatividad*. Méjico, 1946, pág. 336.

co, es el medio instrumental para cometer el fraude, con la consecuencia de la nulidad de tales actos fraudulentos que se han realizado por medios abusivos, en virtud únicamente del artículo 6.º 4 del CC y no también del artículo 7.º 2, como suele entender la jurisprudencia (115).

2. Un «plus» de antijuridicidad de los despidos fraudulentos: crítica de la tesis que identifica *sict et simpliciter* el *in fraudem legis agere* con el *contra legem agere*.

En realidad, en la posición que también agota la sanción del despido fraudulento en la prevista para los despidos improcedentes, negando la posibilidad de una acción de nulidad, subyacen dos profundos equívocos, cuales son, por un lado, la confusión entre actos contrarios a la ley -*contra legem agere*- o simplemente antijurídicos (actos o negocios improcedentes), y los actos en fraude de ley -*in fraudem legis agere*- (actos o negocios nulos), desconociendo los diferentes efectos jurídicos que se derivan del diverso juicio de antijuridicidad existente en uno y otro caso, según una conocida distinción clásica. Por otro, una imagen reductiva de la técnica del fraude de ley, entendido o bien como un mero conflicto de leyes -el art. 55.4 ET y el art. 6.º 4 del CC-, que debería resolverse según el clásico criterio de la especialidad (preferencia del primero sobre el segundo), o bien como un simple problema de interpretación del sentido de los textos normativos implicados, y no más bien como un problema jurídico autónomo tanto del conflicto de normas como de la interpretación en sentido estricto, relativo a la valoración de un precepto de autonomía privada -ejercicio de un poder de despido o facultad resolutoria ex arts. 54 y 55.1 ET- en base a los objetivos perseguidos por la norma que se pretende eludir -la normativa que autoriza despido causal, aplicando el principio de estabilidad en el empleo cuando no concurren los requisitos- (116).

Ahora bien, con la doctrina mayoritaria iuscivilista (117), deben estimarse que son supuestos diversos en su estructura y efectos, aunque coincidan en la prohibición de resultados contrarios a las normas, centrándose la distinción, como es sabido, en el distinto *modus operandi*, localizándose la «antijuridicidad» del acto fraudulento no tanto en la creación de una situación de apariencia legal, sino en la sustitución de una norma -la que proporciona un principio de cobertura de la violación de la norma eludida, a través de la propia lesión de aquélla, en una correcta interpretación ordinamental de la misma- por otra más favorable a los intereses del autor de la conducta elusiva (*circunveni-*

(115) *Vid.*, para esta posible relación instrumental y para la imposibilidad de acumular ambas sanciones R. IRUZUBIETA, *op. cit.*, pág. 207.

(116) *Cfr.*, para esta posición J.A. NAVARRO, *op. cit.*, pág. 182. También afirma la autonomía conceptual U. MORELLO, *Frode alla legge*. Giuffrè, Milano, 1969.

(117) Aunque hoy puede registrarse una significativa orientación hacia la configuración del fraude de ley como una forma particular de realizar actos contrarios a la ley, ampliando este concepto en detrimento del segundo y sin perjuicio de reconocer la pervivencia de regulaciones diferenciadas, medios elusivos o lesivos también diferentes y sanciones jurídicas distintas. *Vid.*, J.M. MARTÍN OVIEDO, «El acto en fraude de la ley como especie de acto contrario a la ley». *RDP* 1967, págs. 304 y 308; L.M. DÍEZ-PICAZO, «El abuso de derecho y el fraude de ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil y el problema de sus recíprocas relaciones». *RDJ*, núm. 4, 1974, pág. 1.340; F. LUCES GIL, «El fraude de ley en las nuevas formas del Título Preliminar del Código civil español». En *Estudios de Derecho civil en honor del profesor BATTLE VÁZQUEZ*. EDERSA, 1978, pág. 490.

re legem o «puesta en escena») (118). De ahí, la diferencia de reacciones del ordenamiento: de los actos contra ley se predica la nulidad, como regla, salvo que la ley misma establezca su validez, puesto que a tenor del artículo 6.º 3 del CC, la ley puede fijar «un efecto distinto para caso de contravención», que sería precisamente el sentido del artículo 55.4 del ET respecto de los despidos improcedentes. Precisamente, una característica básica de estos casos es que, cualquiera que sea la sanción, se deja a las partes en condiciones de recomponer de nuevo sus intereses, en cuanto el legislador no determina el contenido de la relación -en el caso del art. 55.4 ET esta capacidad se concreta en la conocida obligación alternativa de readmisión o extinción indemnizada-.

Ahora bien, en los actos en fraude de ley, el problema de la sanción de la antijuridicidad es diverso. En efecto, al ampliar las consecuencias jurídicas de estos actos a la efectiva aplicación de las normas que se hubieran pretendido eludir, además de los efectos anulatorios, el artículo 6.º 4 del CC, hace coincidir el problema con aquellas situaciones en las cuales el contenido de la relación jurídica se determina con independencia de la voluntad de los particulares, existiendo una específica intervención del ordenamiento en salvaguarda o defensa de la imperatividad o cumplimiento efectivo de un contenido que prevalece sobre la voluntad de los sujetos implicados. En el caso de los despidos, la única manera de restablecer el orden jurídico quebrado es, precisamente, la declaración de nulidad, en cuanto implica una readmisión obligatoria sin posibilidad de sustitución o alternativa de extinción indemnizada. Por eso, el fraude de ley es predicable de aquellas normas que se preocupan por obtener un determinado efecto o resultado. En consecuencia, el acto fraudulento genera una situación contradictoria con la norma eludida que es la que determina, a través de su aplicación efectiva, la producción de aquellos efectos o resultados, de modo que la antinomia no se produciría entre la norma de cobertura -normas que autorizan despido causal- y la norma eludida -principio de estabilidad real en el empleo-, sino entre un precepto de autonomía privada y la norma eludida, que están situados en diferente grado (119).

En definitiva, si la improcedencia aparece como la consecuencia jurídica por la imputación de un motivo carente de vigencia, operatividad o eficacia para producir el resultado perseguido -la extinción de la relación de trabajo-, como entiende la jurisprudencia actualmente, cuando lo que resulta realmente acreditado es la inexistencia de causa real y seria, configurándose ficticiamente el motivo para obtener el resultado extintivo, la única sanción correcta es la nulidad, en cuanto en tal configuración artificiosa reside la anomalía procedimental y causal en que se concreta el fraude de ley, vicio determinante de su nulidad según el artículo 6.º 4 del CC, que encuentra así un espacio sancionador propio y autónomo respecto del artículo 55.4 del ET, frustrando el objetivo del infractor de obtener el efecto elusivo a través de una efectiva aplicación del orden jurídico (120).

Ahora bien, nuevamente aquí conviene advertir sobre el riesgo de caer en planteamientos falseadores del problema del fraude de ley del artículo 6.º 4 del CC, como institución que extiende su alcance y aplicación a diversos ámbitos jurídicos, incluido particularmente el laboral, que lo sitúa como figura que operaría en vía excepcional y extrema respecto del despido improcedente, porque ello supone desconocer la experiencia jurídica concreta e histórica -que es tenida particularmente en

(118) *Cfr.*, C. DE LA VEGA, *op. cit.* pág., 223.

(119) *Cfr.*, J.A. NAVARRO, *op. cit.*, pág. 187, que pone de relieve la necesidad de que la norma de cobertura sea de aquellas que predicen la producción de efectos para un acto, como ocurre respecto de la regulación del despido.

(120) *Cfr.*, STSJ de 26 de abril de 1994, Ar. 1661 *cit.*

cuenta por el propio legislador al introducir especiales cautelas para la efectiva defensa de la disciplina de los despidos colectivos-, adoptando una postura ahistórica que no tiene en cuenta debidamente los diferentes datos normativos vigentes, tanto de Derecho común como constitucionales, ni la realidad social en la que se aplican. En realidad, la aplicación de la sanción de nulidad a los comportamientos resolutorios fraudulentos no debe entenderse como excepcional sino como puntual, es decir, siempre y cuando concurren los requisitos establecidos en el artículo 6.º 4 del CC.

Precisamente, la consideración de la normativa de defensa de la disciplina de los despidos colectivos como expresión de un principio de orden público constitucional relevante en materia laboral, como criterio determinante de la existencia de un fraude de ley, ilustra la función de aquel concepto -que hoy sufre en este ámbito numerosos ataques y recortes- como dato jurídico que se coloca al margen de los criterios de pura oportunidad política que se pueden reflejar en normas imperativas, así como de las coyunturas económicas, «razones» ambas que tan fuertemente han condicionado las leyes de reforma del mercado de trabajo. Así, frente a la activación de mecanismos de autotutela, preconstituyendo las condiciones propicias para sustituir la aplicación de una normativa por otra más favorable para intereses propios y personales, que es el elemento central del fraude de ley, el Derecho reacciona con la aplicación de una cláusula de reserva de su «soberanía», integridad y coherencia internas, frente a los desconocimientos derivados de su obligada apertura a los actos de autonomía de la voluntad, poderes de autorganización o incluso «soberanías» individuales, según el paradigma clásico de los derechos subjetivos (121).

Así, la búsqueda del equilibrio entre los intereses contrapuestos de las partes de la relación laboral, como condición indispensable para garantizar la paz social, además de dar satisfacción de las exigencias de flexibilidad y racionalización de la empresa, requiere reforzar al mismo tiempo las soluciones civiles de tipo sancionador capaces de garantizar la eficacia de la norma en el ejercicio de la actividad de los particulares. Como enseña el artículo 51.1 *in fine* del ET, la soberanía de la ley debe imperar en toda la extensión de su contenido, y de la misma manera que concede extraordinarias posibilidades de gestión para las decisiones empresariales, debe igualmente «condenar» efectivamente las distintas maniobras contra su «imperio» (122).

El recurso al fraude de ley, pues, como en general las diferentes cláusulas de este tipo, cumplen una decisiva labor de mediación entre las exigencias de la flexibilidad, palabra de orden del momento actual, y la «justicia social». En este sentido, el «plus» de interferencia o de intervención que supone la calificación de nulidad del despido en fraude de ley, por parte del Estado y del Derecho, en la autonomía de la voluntad y en la libertad de gestión y organización empresarial, respecto de la acción normativa en la declaración de la improcedencia, trata de evitar los efectos perniciosos o negativos posibles, e incluso facilitados, por la propia regulación normativa, precisamente a cambio de esa flexibilización jurídica, amparándose en la convicción de la colectividad -representada en la acción del legislador- de

(121) *Cfr.*, F. DE CASTRO, *Las limitaciones...*, *op. cit.*, pág. 1.036.

(122) Aparece así respecto de los despidos nulos por fraude de ley un ejemplo de la compatibilidad entre el principio clásico de la soberanía, que determina un ejercicio del poder en la forma de la ética, con el de gobernabilidad, que determina una preponderancia de las técnicas de ejercicio del poder en la forma de la economía, hoy convertida en la nueva racionalidad inspiradora de la evolución no sólo del Derecho del Trabajo, sino del entero sistema de Derecho contemporáneo. Para esta racionalidad, que tiene como forma específica de saber la economía política, *vid.*, M. FOUCAULT, «La gubernamentalidad». Trad. española *En Espacios de Poder*, núm. 6.

la necesidad de respetar las reglas de juego y de sus contenidos, buscando medios diversos y mejores para conseguir la eficiencia de las decisiones empresariales. Lo que, en última instancia, no es sino una versión refinada de la lógica de la «prohibición de esclavitud» (123), cuyo riesgo de reedición no aparece tan lejano en una sociedad en la que la revitalización de la autoridad de los poderes empresariales, concretada en las actuales leyes de reforma, abre significativas vías no a la democratización sino a una suerte de «refeudalización» de las organizaciones empresariales.

Precisamente, y para reaccionar frente a este riesgo efectivo, en esta defensa del contenido objetivo de la norma y del ordenamiento jurídico, reside el *doble «plus»* de antijuridicidad de los despidos en fraude de ley, ya sea por pretendidas causas económicas, ya sea por pretendidas causas disciplinarias, que lo hacen merecedores de la sanción máxima, la nulidad. Uno relativo a la contravención, a través de la antijuridicidad de una conducta *in fraudem legis*, del propio contenido ético-social del orden normativo, cristalizado o filtrado jurídicamente a través de la aplicación de la técnica legislativa de las cláusulas generales, como es precisamente aquella contenida en el artículo 6.º 4 del CC (124); otro, derivado de la propia *ilegitimidad constitucional* de un comportamiento empresarial causalmente incoherente con algunos de los principios más fundamentales de una ética jurídica informada y conformada por el «sistema» de valores constitucionales.

En consecuencia, la recuperación de una plena carta de naturaleza jurídica en nuestro Derecho vigente, en vía interpretativa, por parte de la figura del despido disciplinario sancionado civilmente con la nulidad en base a su carácter fraudulento, sería también una expresión emblemática de la exigencia constitucional de cerrar la brecha existente entre *standars* normativos y valores ético-jurídicos de prevalente impronta social, particularmente profunda en la disciplina legislativa del despido disciplinario. Precisamente, la efectiva accionabilidad *iure conditio* o *ius positivum* de estos valores encuentra un firme puntal normativo y sistemático en la referida revitalización legislativa de la cláusula general del fraude de ley (125).

Una revitalización que, en última instancia, implica una clara conciencia del propio legislador de la necesidad de paliar en cierta medida significativa los efectos más perniciosos de la nueva forma de pensar y actuar el «arte del gobierno»: la búsqueda de la realización del «bienestar social» -forma contemporánea del clásico ideal del «bien común»- a través del ejercicio del poder normativo *cada vez más conforme a los imperativos de una economía política* informada por los valores de una sociedad estrictamente utilitarista -eficiencia económica, productividad, crecimiento, competi-

(123) Cfr., A. OKUN, «Equality and Efficiency. The big Tradeoff». Trad. it. «Uguaglianza ed Efficienza. Il Grande Trade off» Napoli. Liguori, 1990, págs. 20 y 21, *cit.*, por A. ICHINO-P. ICHINO, «A chi serve il diritto del lavoro. Riflessioni interdisciplinari sulla funzione economica e la giustificazione costituzionale dell'inderogabilità delle norme giuslavoristiche». *Riv. it. dir. lav.* Parte I. 1994, pág. 460 y ss.

(124) Cfr., la conocida formulación jurisprudencial, tanto de la Sala Civil como Social. SSTS de 30 de abril de 1994, Ar. 3765, y de 17 de marzo de 1990, Ar. 2165, respectivamente.

(125) No por casualidad los primeros tratadistas de la figura del fraude de ley lo incluyeron en «esa corriente moderna tan acentuada en estos tiempos de la moralización del Derecho». Vid., VALVERDE, *Tratado de Derecho civil*. Tomo apéndice, 1932, pág. 51; también LIGEROPULO, *La defensa del Derecho contra el fraude*, *op. cit.*, pág. 26. Para la actualidad de esta tendencia moralizadora en el Derecho privado, y en particular respecto del nuevo protagonismo de las cláusulas generales, aunque en este caso otra diferente, aunque mantiene estrechas relaciones teóricas y prácticas, aunque no se confunde con ella, como es la de la buena fe, *vid.*, L.M. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...* Tomo I, pág. 48 y ss. Sin embargo, en aquella tradicional orientación todavía aparece dominante un moralismo de tipo intimista y personal, así como una reedi-

tividad-, y *cada vez menos conforme a los imperativos de una ética jurídica* informada por el orden de valores sociales constitucionalmente positivizados. Y, sin embargo, el problema de una economía éticamente orientada que determine las «leyes de la polis» y el «orden de las relaciones sociales» ocupa hoy, como acredita inequívocamente nuestra más reciente experiencia, el centro del debate político y cultural, que no puede dejar de imponerse con creciente vigor en la forma de pensar y elaborar la experiencia jurídica contemporánea, aquella propia del Estado y del Derecho «sociales», tendencialmente sustitutiva de una concepción meramente técnica del principio -sólo aparentemente neutral- de racionalidad económica por una concepción normativa expresiva de la insuficiencia de una ética individualista y de una economía socialmente avalorativa.

Lo que implica, entre otras cosas, reasignar un «papel central» a los Jueces en un sistema jurídico en el que también el ejercicio del poder/libertad de iniciativa económica empresarial está vinculado al Derecho, en el sentido de adecuación causal a sus principios fundamentales, prohibiendo cualquier manifestación de aquél, sea en términos de pura arbitrariedad, sea de mera discrecionalidad jurídicamente indiferente, reenviándolos a una «jurisprudencia de valores» de contenido material que los aparta de su viejo papel de aplicadores mecánicos, rutinarios y autómatas de las leyes, entendidas como simples reglas externas. En otro caso, y parafraseando la observación de una autorizada doctrina, un «Estado de Derecho entendido como un Estado de Justicia», que careciese de un «poder judicial» capaz de realizar este valor constitucional en una «realidad social efectiva», no sería otra cosa que una pura «burla y (...) una fuente de grave frustración» (126).

En conclusión, tal como se desprende inequívocamente de lo hasta aquí escrito, la última palabra al respecto, normativamente hablando, no la tiene ni el punto de vista del legislador especial ni el punto de vista del Juez, sino que *la última palabra la tiene el punto de vista del Derecho*. Precisamente, a una significativa recuperación de la autoridad del punto de vista jurídico, sea en el plano normativo, sea en el plano metodológico, que viene progresivamente perdiendo en la más reciente etapa histórica de su evolución -como consecuencia del incremento de una legislación particularista que, acentuando hasta el extremo la estructura problemática, diversifica principios y *rationes* con una desmesurada contingencia e instrumentalidad, y como consecuencia de un discurso cada vez más tributario de los «discursos» de otros «saberes», en particular de la «economía»-, contribuye decisivamente el creciente recurso a la teoría y la cláusula legislativa del fraude de ley, y en general de las restantes cláusulas y/o principios generales, ya estén formulados en la Constitución, ya en el «resto del ordenamiento jurídico» -art. 9.º 1 de la CE-.

ción de un tradicional iusnaturalismo metafísico, e incluso teológico, que no beneficia en nada, antes bien perjudica ampliamente, la posibilidad de una construcción técnica sólida de la figura del fraude de ley, presupuesto ineludible para una ampliación de su operatividad positiva en el nuevo marco de valores, principios y normas de un ordenamiento constitucional. *Vid.*, crítica de este tipo clásico de moralización e iusnaturalismo en NAVARRO FERNÁNDEZ, *El fraude de ley...*, *op. cit.*, págs. 25 y 189.

- (126) *Cfr.*, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Principio de legalidad. Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución*. En *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*. Civitas, 1984, pág. 109. Para este mismo planteamiento de la CE de 1978 en relación a la experiencia jurídica en general de nuestro días *vid.*, el clásico libro de O. BACHOF, *Jueces y Constitución*. Civitas, Madrid, 1985, que recuerda el retorno de la Norma Fundamental a concepciones ya clásicas en nuestra cultura y civilización jurídicas, centradas en la visión de la «Ley como previa al Derecho» y del «Derecho como previo a la Ley», pero no en el sentido tradicional de un «sistema racional o de Derecho natural cerrado, deducible de ese orden de valores», sino en el sentido de la confianza en «la inamovible fuerza vinculante que tienen los últimos valores de la justicia, a los que pertenecen por lo menos la personalidad (la «autonomía del ser») del hombre y la prohibición de arbitrariedad... y la responsabilidad dentro de la comunidad», *ibídem*, pág. 46.