

Nulidad contractual y remuneración del trabajador subordinado en Italia

Contractual nullity and remuneration of the subordinate worker in Italy

 ANTONIO ALBANESE*

169

Resumen

El presente trabajo examina las consecuencias jurídicas derivadas de la invalidez de un contrato laboral, prestando especial atención a la cuestión de si el trabajador conserva, a pesar de la nulidad, el derecho a percibir una remuneración. A partir del ejemplo italiano, se evidencia cómo la Constitución y el derecho civil reconocen la primacía de la dignidad del trabajador frente a las meras formalidades contractuales. Se argumenta que el salario no constituye únicamente la contraprestación de un vínculo formal, sino que se configura como un derecho fundamental e irrenunciable, expresión concreta del principio de tutela de la persona en el ámbito de las relaciones laborales.

Palabras clave

contrato laboral inválido; remuneración; dignidad del trabajador; Constitución italiana; nulidad contractual; derecho fundamental; salario.

* Profesor ordinario de Derecho Privado en la Universidad de Bolonia. Fundador y director Científico de *Falling in Law*, Red internacional de Derecho y Cultura. Código ORCID: 0009-0004-8016-3447. Correo electrónico: a.albanese@unibo.it

Abstract

This paper examines the legal consequences arising from the invalidity of an employment contract, with particular attention to whether the worker retains the right to receive remuneration despite the nullity. Drawing on the Italian example, it shows how the Constitution and Civil Law recognize the primacy of the worker's dignity over mere contractual formalities. It argues that wages are not merely the consideration for a formal bond, but rather constitute a fundamental and inalienable right, a concrete expression of the principle of protecting the individual within the sphere of labor relations.

Keywords

invalid employment contract; remuneration; worker's dignity; Italian Constitution; contractual nullity; fundamental right; wages.

Sumario

I. LA INEFICACIA CONTRACTUAL Y LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN MATERIA LABORAL. II. LA NULIDAD DEL CONTRATO DE TRABAJO SUBORDINADO. III. LA PRESTACIÓN LABORAL DE HECHO Y EL PRINCIPIO *QUOD NULLUM EST NULLUM PRODUCIT EFFECTUM*. IV. LA PRESTACIÓN LABORAL DE HECHO COMO PRESTACIÓN INDEBIDA «ESPECIAL», MERECEDORA DE UNA «TUTELA RESTITUTORIA REFORZADA».

I. LA INEFICACIA CONTRACTUAL Y LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN MATERIA LABORAL

El art. 2126 c.c. [*Código Civil*] hace superfluas tanto la disciplina *ex art.* 2033 y ss. c.c. (pago de lo indebido) como aquella *ex art.* 2041 y ss. (enriquecimiento sin causa), a las cuales hacía referencia vigente el Código de 1865. La norma, dictada con respecto al contrato de trabajo subordinado, establece que «la nulidad o la anulabilidad del contrato de trabajo no produce efectos por el período en que la relación ha tenido ejecución, salvo que la nulidad derive de la ilicitud del objeto o de la causa».

En el caso de ejecución de hecho de las relaciones de trabajo subordinado, el trabajador tiene en cualquier caso derecho a la remuneración. En todos los demás casos, no encontrando espacio la regla del art. 2126 c.c., el contrato nulo no producirá efectos y se recurrirá a los remedios restitutorios ordinarios: repetición de lo indebido y enriquecimiento sin causa.

En el sistema jurídico italiano, por lo tanto, la nulidad y la anulabilidad del contrato de trabajo producen consecuencias que divergen de manera sustancial de la disciplina general prevista para las dos formas de ineficacia del contrato. Más aún: la nulidad y la anulabilidad no producen efectos (por el período en que la relación ha tenido ejecución y salva la ilicitud del objeto o de la causa)¹. La respectiva sentencia no tiene efecto retroactivo ni siquiera entre las partes; el empleador debe, en cualquier caso, pagar la remuneración correspondiente a la actividad ya desarrollada por el trabajador subordinado y, si ya la ha pagado, no tiene acción para la repetición.

En esencia, la improductividad clásica del negocio nulo choca con el interés constitucionalmente garantizado al trabajador subordinado (art. 36 Const. [*Costituzione*]) a la remuneración. Por esta razón, la nulidad del contrato deviene efectiva solo para lo futuro, mientras que el peligro de que la parte débil del contrato de trabajo nulo haya trabajado en vano está garantizado por la mera existencia del contrato y de su ejecución (art. 2126 c.c.).

Se trata de un derecho fundamental que recibe su máxima consideración en la carta constitucional, pero es una protección que viene linealmente a faltar cuando el interés por proteger no sea digno de tutela: si deriva de ilicitud del objeto o de la causa, la nulidad recupera su eficacia retroactiva. Esta excepción es derogada, a su vez, por una excepción: el derecho a la remuneración vuelve a ser reconocido si la ilicitud del objeto o de la causa descende de la violación de normas puestas en tutela del trabajador: piénsese en las normas que prescriben una edad mínima para la admisión al trabajo². Piénsese, aún, en las prestaciones laborales prestadas por el trabajador extracomunitario carente del permiso de residencia: el empleador que se ha valido de su actividad, además de cometer un delito y sufrir la respectiva sanción penal, quedando, por lo tanto, obligado a pagar la multa, debe también ingresar las cotizaciones al INPS [*Istituto Nazionale de la Seguridad Social*] por las remuneraciones debidas³.

¹ Cass., sez. lav., 17 de mayo 2024, n. 13753; Cass., sez. lav., 10 de mayo 2021, n. 12344 (ambas en www.leggiditalia.it). En doctrina, CAMPANELLA, *Prestazione di fatto e contratto di lavoro. Art. 2126*, en *Comm. Schlesinger*, Milano, 2013. Sobre la nulidad del contrato de trabajo en el cuadro del sistema de las nulidades relativas, cfr. ALBANESE, *Disciplina generale e discipline speciali delle invalidità: la nullità del contratto di lavoro*, en *Europa e dir. priv.*, 2006, p. 917.

² Cass., 30 de agosto de 2010, n. 18856, en *Dir. e Pratica Lav.*, 2013, p. 1680.

³ Cass., sez. lav., 21 de septiembre de 2015, n. 18540, en *CED Cassazione*, 2015; Cass., sez. lav., 26 de marzo de 2010, n. 7380, en *Dir. e Pratica Lav.*, 2010, p. 2131.

En el ámbito operativo del art. 2126 c.c. recaen también las relaciones inherentes al sector del empleo público⁴. En materia de empleo público privatizado, la disposición del art. 2126 c.c. no se pone en contraste con las previsiones de la contratación colectiva que prevean autorizaciones o con las reglas normativas sobre los vínculos de gasto, sino que es integrativa de ellas en el sentido de que, cuando una prestación, como la de trabajo extraordinario, haya sido desarrollada de modo coherente con la voluntad del empleador o, en cualquier caso, de quien tenga el poder de conformar la misma, ella debe ser remunerada con independencia de la validez de la solicitud o del respeto de las reglas sobre el gasto público, prevaleciendo la necesidad de atribuir el importe correspondiente al empleado, en línea con la disposición del art. 36 Const.⁵.

Sin embargo, a fin de que a la relación de empleo público nulo se conecten las consecuencias previstas en el art. 2126 c.c., es indispensable que la misma, aunque constituida sin el respeto de las modalidades prescritas, sea por lo demás asimilable a la relación de trabajo subordinado constituida en las formas legales, de la cual presente todos los característicos índices reveladores⁶. En relación con los contratos que se dan con las administraciones públicas, formalmente calificados de colaboración coordinada y continuativa, se ha afirmado que la subsistencia del elemento de la subordinación debe ser individualizada sobre la base de una serie de

⁴ En efecto, el art. 2129 c.c. extiende la regla también a los prestadores de trabajo dependientes de entes públicos. Cfr. Cass., sez. lav., 24 de enero de 2025, n. 1783; Cass., sez. lav., 28 de junio de 2024, n. 17937; Cass., sez. lav., 3 de febrero de 2021, n. 2484 (todas en www.leggiditalia.it). Para la justicia administrativa: Cons. Estado, sez. V, 3 de marzo de 2001, n. 1218, en *Foro amm.*, 2001; Cons. Estado, sez. VI, 26 de julio de 2001, n. 4134, en *Dir. & Formazione*, 2001, p. 700. V. también Corte conti, sez. giur. reg. Campania, 19 de octubre de 1998, n. 186, en *Riv. Corte conti*, 1998, p. 182. En doctrina, v. GRAGNOLI, *Forma e nullità del contratto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, en *Il lav. nelle p.a.*, 2002, p. 701, el cual después de haber examinado la tutela del art. 2126 c.c. en el trabajo privado y en aquel público, se detiene en las hipótesis de nulidad del contrato de trabajo público que no se conectan a la tutela de un apreciable interés de las administraciones y, finalmente, concluye por la insuficiencia de la protección desumible del art. 2126 c.c. Cfr. también GABRIELE, *L'art. 2126 c.c. e la funzione di tutela del trattamento economico fondamentale nel p.i. privatizzato: lo stato dell'arte dell'interpretazione giurisprudenziale*, en *Lav. nelle p.a.*, 2024, p. 439; PETRACCI, *Rapporti di fatto con la pubblica amministrazione, effetti dell'articolo 2126 del codice civile* (Nota a Cons. Estado, sez. V, 10 noviembre 2008, n. 5582), en *Riv. impiego e dirig. pubblica*, 2009, fasc. 1; ALÌ, *Le prestazioni di fatto nel Pubblico Impiego, in Le prestazioni di fatto nel rapporto di lavoro con le USL*, Atti del Convegno di Catania, Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro, 19/20 de octubre de 1990, Milano, 1992.

⁵ Cass., sez. lav., 3 de septiembre de 2024, n. 23610; Cass., sez. lav., 28 junio 2024, n. 17937; Cass., sez. lav., 28 junio 2024, n. 17932; Cass., sez. lav., 18 febrero 2025, n. 4248.

⁶ Cass., sez. lav., 27 de marzo de 2025, n. 8085, en *Azienditalia*, 2025, p. 673.

índices sintomáticos como la colaboración, la continuidad de la prestación laboral y la inserción del trabajador en la organización empresarial⁷.

El principio *quod nullum est nullum producit effectum* puede conducir a soluciones prácticas desconcertantes y mortificar en exceso la confianza del contratante en las estipulaciones contractuales, sobre las cuales había fundado elecciones económicas y de vida. Una tal retroactividad debe, por lo tanto, estar inspirada, a la luz de una lectura orientada por el art. 3 Const., a la razonabilidad de sus consecuencias, teniendo en cuenta tanto el interés de las partes como el interés de la colectividad⁸.

La retroactividad de la nulidad clásica, no diversamente de la relevancia oficiosa, se funda sobre la naturaleza publicística del interés tutelado por la sanción, que justifica su gravedad. Las excepciones son, por lo tanto, inadmisibles cada vez que la retroactividad sea impuesta por la salvaguardia de derechos fundamentales o de intereses de la colectividad o del Estado. Pero la producción de efectos del contrato hasta la declaración de su nulidad no equivale a la convalidación del contrato ni conduce a una equiparación, en hipótesis inaceptable, entre contrato válido y contrato nulo. La relación naciente del contrato formado válidamente sigue siendo, en cualquier caso, netamente distinta e incompatible respecto a una relación fundada sobre el contrato afectado por nulidad *ex nunc*.

173

El interés al mantenimiento de la situación de hecho producida por el acto nulo, si se delinea de relevancia constitucional a la luz de las circunstancias concretas, representa él mismo un «interés general». La situación de hecho creada y la «causa» de la nulidad juegan, por lo tanto, roles antagónicos. La justificación de la retroactividad debe ser evaluada en el plano de la razonabilidad, con la adopción de un régimen de tutela adecuado al propósito.

La existencia del supuesto de hecho complejo contrato nulo – actividad desarrollada debe inducir al intérprete, y al juez en particular, a considerar la recuperación de una porción de disciplina del contrato que no se reconecta al contrato (nulo) en cuanto negocio, sino en cuanto hecho productivo de obligaciones, en la medida en que la salvaguardia de los efectos ya producidos sea, por un lado, funcional a la tutela de los intereses privados emergentes del supuesto de hecho, y, por el otro, no se ponga en contraste con intereses de orden superior.

⁷ Cons. Estado, Sez. V, 15 de junio de 2015, n. 2922.

⁸ A este tema he dedicado recientemente la monografía, publicada en la Colección del Departamento de Ciencias Jurídicas de Bolonia, titulada «*Quod nullum est nullum producit effectum? I vizi del contratto e la forza del fatto*», Bologna, 2023.

II. LA NULIDAD DEL CONTRATO DE TRABAJO SUBORDINADO

En el derecho italiano, único entre los códigos europeos⁹ en contener una norma como el art. 2126 c.c.¹⁰, la elaboración acusa una fuerte influencia de los estudios germanos, los cuales, tomando las bases de la concepción institucionalista de la empresa (*Unternehmen an sich*), tendían, ya en la primera posguerra, a devaluar el aspecto individualista y contractualista para exaltar el institucional y organizativo.

Para resolver el problema de la prestación laboral de hecho, la teoría en cuestión se sirvió, además, de las conclusiones a las que había llegado la denominada teoría de la inserción (*Eingliederungstheorie*)¹¹, que daba preeminente relevancia a la efectiva inserción del trabajador de hecho en la estructura organizativa del empleador. Esta teoría fue llevada al extremo, trazando una neta distinción entre el contrato y una diversa y autónoma fuente de la relación: más precisamente, la fuente de la relación ya no era el contrato, sino un acto unilateral del empresario, consistente en la asunción o en la inserción del trabajador en la propia empresa. Para que la relación llegara a existir, era suficiente que a la ejecución de la prestación le acompañara el conocimiento y la no prohibición por parte del empleador. Solo si la inserción hubiera ocurrido a espaldas del empleador o incluso contra su voluntad —como en el caso de la ocupación violenta—, el principio de autorresponsabilidad habría impedido la configuración de una relación laboral y el consiguiente nacimiento, en cabeza del trabajador, de los derechos correspondientes.

Dicha solución generó ciertamente perplejidad también entre los propios sostenedores de la teoría de las relaciones contractuales de hecho, los cuales no concordaron ni sobre la naturaleza ni sobre la función de tal acto de inserción. La

⁹ Entre las legislaciones extranjeras, una norma análoga está contenida en la ley española sobre el contrato de trabajo, del 26 de enero de 1944, que en el art. 55 sanciona: «En caso de que se anulare un contrato el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiere prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido, salvo si la nulidad proviniera de voluntad maliciosa del trabajador». Otra disposición que recuerda nuestro art. 2126 c.c. es encontrable en la ley francesa del 17 de octubre de 1981 n. 81-941 (que ha aportado modificaciones al *Code du travail*), cuyo ámbito está sin embargo limitado a las relaciones de trabajo en las cuales el trabajador sea un extranjero no autorizado a ejercer actividades asalariadas en Francia: él es asimilado a un trabajador regularmente asumido.

¹⁰ La modalidad de formulación de la norma ha sido acogida negativamente por la generalidad de los estudiosos: cfr. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1969, p. 148; DELL'OLIO, *La prestazione di fatto del lavoro subordinato*, Padova, 1970, p. 13; RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965, p. 118.

¹¹ Para profundizaciones y referencias bibliográficas sobre la teoría de la *Unternehmen an sich* y sobre aquella de la *Eingliederungstheorie*, v. RICCA, *op. cit.*, respectivamente p. 81 ss. y p. 90 ss.

crítica de la doctrina, luego, se centró en la misma premisa ideológica que está en la base de una construcción similar, fundada sobre una idea que no encuentra respaldo en las modernas orientaciones constitucionales: «hacer del acto de asunción un acto unilateral no negocial (y por lo tanto absolutamente discrecional) del empleador, corresponde a una idea totalitaria que ve la empresa como medio de organización de la actividad individual, puesto a las directas dependencias del Estado (o cuanto menos estrechamente ligado a su dirección económica)»¹².

De la construcción arriba expuesta conserva, sin embargo, interés el núcleo fundamental, que sitúa en el centro del supuesto de hecho, junto a la efectiva actividad desarrollada, la inserción en una «comunidad» empresarial, o sea, en una relación común permanente con el empleador a fin de realizar un interés común. Sobre la relación comunitaria se funda la confianza de cada una de las partes en la cooperación de la otra para el logro del resultado recíprocamente prometido en el contrato viciado.

En general, a la teoría de las relaciones contractuales de hecho debe reconocérsele el mérito de haber dado una nueva dimensión al comportamiento realizativo de las partes del contrato inválido: no ya como una mera fase ejecutiva del contrato, sino como verdadera y propia fuente de la relación, desde la cual la ley hace surgir aquellos efectos que el contrato mismo no podría producir a causa de su propia invalidez¹³.

La peculiar relevancia social de los intereses involucrados aleja la relación de trabajo de la perspectiva individualista típica del contrato, y estimula una comprensión del fenómeno a través de instrumentos lógicos no del todo coincidentes con los negociales.

A diferencia del Código Civil de 1865, que, en el art. 1570, definía la locación de obras como el contrato con el cual «una de las partes se obliga a hacer para la otra una cosa mediante la pactuada merced», el Código Civil vigente ha subjetivizado las definiciones de los nuevos institutos jurídicos del libro del trabajo (prestador de trabajo, empresario, factor, trabajador autónomo) y ha sustituido el término «merced» por «remuneración», estableciendo que esta, a falta de acuerdo entre las partes, sea determinada por el juez. Ha, además, dictado la regla prevista en el art. 2126.

¹² RICCA, *op. cit.*, p. 92 s.

¹³ En este sentido puede cogerse la analogía con el fin que impulsó a la elaboración de la categoría de los cuasi-contratos, o sea aquel de oponerse a un sistema de las fuentes de las obligaciones «cerrado», cuya rigidez se consideraba no conforme a las exigencias de la sociedad moderna.

La *ratio* de la regla contenida en el art. 2126 c.c. es claramente indetectable en la relevancia social del trabajo y en la voluntad legislativa de tutelar adecuadamente a un sujeto, el trabajador subordinado, que se encuentra en situación de inferioridad respecto a la otra parte de la relación. El propósito es no dejar privados de tutela derechos primarios del trabajador, en obsequio a la fundamental exigencia de garantizar que las prestaciones laborales, en cualquier caso prestadas, sean remuneradas, salvo casos excepcionales en los cuales sea previsible una violación, por parte de ambos sujetos de la relación, de directrices vitales para la integridad del ordenamiento, por lo que resulta inoportuno atribuir a quien se ha hecho partícipe de una lesión alguna utilidad¹⁴.

Si hay sustancial concordancia sobre el fundamento de la regla, se está, en cambio, dividido sobre la aplicabilidad de los acuerdos convencionales contenidos en el contrato inválido¹⁵, la cual es negada por quienes apoyan la concepción acontractualista (o legalista) —con base en la cual la voluntad legal sustituye a la voluntad contractual nula o anulada¹⁶— y es admitida por la tesis contractualista, según la cual, una vez que la prestación laboral ha sido ejecutada, al contrato inválido le siguen los mismos efectos que habrían sido producidos por un contrato válido¹⁷.

2.1. Los efectos de la prestación de hecho: la tesis contractualista

A primera vista, el art. 2126 c.c. parecería dar la razón a la tesis contractualista, ampliamente dominante¹⁸, la cual ve en el contrato el elemento constitutivo del supuesto de hecho: la letra normativa, según la cual la invalidez del contrato

¹⁴ Tar Sicilia, sez. Catania, 23 de septiembre de 1997, n. 1841, en *TAR*, 1997, I, p. 4223 y en *Enti pubblici*, 1998, p. 474.

¹⁵ El tema ha sido profundizado por VENOSTA, *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema*, vol. I, *Nullità e inesistenza del contratto*, Milano, 2004, p. 138 ss.

¹⁶ MAZZONI, *Manuale di diritto del lavoro*, Milano, 1969, p. 351.

¹⁷ Sobre la «tendencia a explicar el art. 2126 en clave negocial», cfr. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*. Artt. 2033-2040, en *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981, p. 160; BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, en *Jus*, 1957, p. 363, habla de supuesto de hecho negocial complejo, en el cual la invalidez del acto (negocial) de autonomía no obsta a que el negocio mismo sea integrado con la ejecución; BARBIERA, *L'ingiustificato arricchimento*, Napoli, 1964, p. 178, explica la regla en términos de convalidación tácita; ANDREOLI, *Note in tema di contratto di lavoro nullo*, en *Riv. dir. lav.*, 1952, p. 49 ss., define la nulidad del contrato de trabajo una «nulidad pendiente».

¹⁸ RIVA SANSEVERINO, *Della impresa*, en *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, Libro V, *Del lavoro*, 1969, p. 570; ANDREOLI, *op. cit.*, p. 42.

de trabajo «no produce efecto», parecería expresar el comando de que el contrato inválido produzca aquellos mismos efectos que produciría si fuera válido. En estos términos, la disciplina contenida en el art. 2126 c.c. debería ser explicada como «ineficacia de la invalidez» del contrato.

En el interior de las tesis contractualistas, numerosos intérpretes han reconocido en el art. 2126 c.c. una hipótesis de convalidación tácita asimilable a las palabras previstas en los arts. 590 y 799 c.c. El art. 1423 c.c., al enunciar la inadmisibilidad de la convalidación del contrato nulo, deja a salvo una diversa voluntad de ley; a esta diversa voluntad se suele reconducir los casos excepcionales de la confirmación y ejecución voluntaria de disposiciones testamentarias nulas o de donaciones nulas, y, según algunos que apoyan la concepción contractualista, el art. 2126 c.c.¹⁹.

Según otra solución, el art. 2126 c.c. produciría la conversión de las causas de invalidez en causas de resolución de la relación, haciendo que el pronunciamiento de invalidez no despliegue sus efectos sobre las prestaciones ya ejecutadas, exactamente como ocurre para los contratos de duración²⁰. Esta irretroactividad del pronunciamiento de invalidez permite mantener en pie el contrato como si fuera válido durante el período de desarrollo de la prestación de hecho.

¹⁹ ANDREOLI, *op. cit.*, p. 39 ss. (p. 53); ZAGO - GARELLI, *I rapporti di fatto con particolare riguardo al rapporto di lavoro*, Padova, 1964, p. 163, que acompaña al concepto de sanación aquel de la «relativización de la nulidad absoluta» (p. 171); FEDELE, *Invalidità del contratto di lavoro e prestazione di fatto del lavoro*, en *Dir. econ.*, 1958, p. 136 ss., el cual habla de una sanación «parcial» (p. 147); CORRADO, *Il contratto di lavoro. Aspetti dell'evoluzione del sistema del diritto privato*, Milano, 1962, p. 59, que vislumbra, en cambio, una «sanación progresiva», DELL'OLIO, *op. cit.*, p. 28, que niega que el art. 2126 c.c. constituya una forma de sanación, pero admite la sanabilidad del contrato de trabajo inválido ex art. 1444 c.c.; PROSPERETTI, *Sulla esistenza e invalidità di un contratto di lavoro*, en *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949, III, p. 261 ss.; ID., *Il lavoro subordinato*, en *Tratt. dir. lav.*, dirigido por Grosso y Santoro-Passarelli, Milano, 1966, p. 48 ss. y p. 80 ss.; BARBIERA, *L'ingiustificato arricchimento*, Napoli, 1964, p. 179; RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, Padova, 1968, p. 179; GHIDINI, *Diritto del lavoro*, Padova, 1969, p. 169. MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995, p. 116 ss., afronta el problema en el cuadro de las hipótesis en las que el contrato nulo es tomado en consideración por el legislador (p. 150 ss.).

²⁰ TORRENTE, *Del lavoro*, en *Comm. c.c.*, Torino, 1962, p. 275. A la tesis adhieren, pero con exclusiva referencia a la hipótesis de anulamiento, FEDELE, *op. cit.*, p. 148 y SUPPIET, *La struttura del contratto di lavoro*, I, Padova, 1957, p. 148. Explican el fenómeno en términos de limitación de las consecuencias de la nulidad R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, p. 344 ss., texto y nota 25; HERNANDEZ, *Posizioni non contrattuali nel rapporto di lavoro*, Padova, 1968, p. 47 ss.

Vienen así puestas sobre el mismo plano el pronunciamiento de nulidad y la de anulabilidad, de modo que la primera termina por asumir carácter constitutivo, y las reglas sobre la convalidación y sobre la prescripción previstas para el contrato anulable se extienden también al contrato nulo, el cual, por lo tanto, *producit effectum*.

No obstante el indudable éxito por ella cosechado, a la teoría contractualista pueden ser movidas numerosas objeciones.

En el plano práctico, en primer lugar, la concepción contractual puede conducir, en determinadas hipótesis, a resultados aberrantes: como en los casos en que la compensación pactada en el contrato inválido resulte excesivamente elevada en consecuencia del dolo o de la violencia sufridos por el trabajador, o de la incapacidad, del error o del defecto de representación del empleador²¹. Pero sobre todo, la tesis contractualista no puede dar cuenta de las razones por las cuales, una vez afirmada la aplicabilidad de las determinaciones convencionales, no se produzca aquello que del contrato es el efecto principal: la misma obligación de trabajar.

En efecto, la jurisprudencia es constante en considerar que la relación de trabajo puesta en práctica sin las formas y los procedimientos necesarios, calificable, por lo tanto, como relación de hecho, produce como «únicos efectos» aquellos contemplados en el art. 2126 c.c. En particular, en caso de nulidad o anulabilidad del contrato de trabajo, la ineficacia de tales vicios por el período en que la relación ha tenido realización, prevista por el art. 2126 c.c., opera retrospectivamente, sin vincular a las partes a la continuación de la relación y sin determinar todos aquellos efectos de la relación de trabajo no compatibles con la inexistencia de la obligación laboral²².

²¹ Cfr. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962, p. 143; RICCA, *op. cit.*, p. 148, nota 60; SACCO, *Nullità ed annullabilità (dir. civ.)*, en *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 459.

²² Cons. Estado, sez. V, 18 de enero de 1993, n. 102, en *Foro amm.*, 1993, p. 130; Cass., 23 de julio de 2004, n. 13891. Cass., sez. lav., 28 de julio de 1995, n. 8260, en *Mass. Giust. civ.*, 1995, ha decidido que a la relación de hecho no es aplicable el art. 2103 c.c. (en el texto introducido por el art. 13, l. n. 300 del 1970), según el cual el trabajador debe ser adscrito a las funciones para las cuales ha sido asumido o a aquellas correspondientes a la categoría superior que haya sucesivamente adquirido o bien a funciones equivalentes a las últimas efectivamente desarrolladas. Además, en el caso en que a la relación viciada siga la constitución de una relación válida, a los fines de esta última no relevan las mansiones desarrolladas por el trabajador en la fase precedente. Cass., sez. lav., 17 de enero de 1983, n. 379, en *Mass. Giust. civ.*, 1983, en un caso atinente a una relación de trabajo subordinado en la cual el trabajador

En efecto, es cierto que la letra del apartado 1 del art. 2126 c.c. elimina, sin establecer distinciones, todos los efectos de la sentencia que declara la nulidad del contrato o que lo anula, por el período en que la relación haya tenido ejecución; por lo que de la prestación de hecho no nace únicamente el derecho a la remuneración, sino también otros derechos —como, por ejemplo, el de la indemnización por antigüedad— reconocidos por la ley a favor del trabajador²³. No obstante, estos derechos son efectos propios del supuesto de hecho legal, y no del acto inválido. Más precisamente, ellos no derivan del contrato de trabajo, sino directamente de la ley, la cual los reconecta no ya a la relación obligatoria, sino a la acaecida ejecución de la prestación²⁴.

Se tendría, por lo tanto, un contrato cuya invalidez produce efectos distintos según si la actividad a ejecutar se haya iniciado o no: en el primer caso, la declaración de nulidad produciría efectos *ex nunc*; en el segundo caso, puesto que la obligación de cumplir no ha surgido nunca, produciría efectos *ex tunc*. Pero si así están las cosas, es evidente que los efectos producidos en la primera hipótesis no son reconducibles al contrato inválido, sino a la misma ejecución de la prestación de hecho, que es el verdadero objeto de la tutela.

El no nacimiento de la obligación de trabajar o de continuar el trabajo iniciado hace caer la tesis de la convalidación²⁵: si el art. 2126 c.c. produjera verdaderamente el efecto de sanación del contrato nulo, entonces debería volver a la vida todo el contrato que fue declarado nulo, debería ser posible la producción de todos sus efectos. La verdad es que los efectos que se producen son aquellos reconducibles exclusivamente a la prestación en cuanto tal, no a un contrato que es inidóneo desde el inicio para constituirse como fuente de derechos y de obligaciones.

Además, dado que la regla en cuestión opera con independencia de cualquier conciencia de las partes, «falta en el mecanismo del art. 2126 c.c. ese otro elemento individualizador de la convalidación, constituido por el conocimiento, por parte de las partes, de la causa de invalidez»²⁶.

(en la especie, un técnico de laboratorio médico) carecía de la habilitación necesaria, aun reconociendo a este último la tutela *ex art. 2126 c.c.*, ha sin embargo excluido que del contrato inválido naciese algún derecho a la reasunción en la hipótesis de despido.

²³ Como en los casos de Cass., sez. lav., 1º de marzo de 1984, n. 1451, en *Mass. Giust. civ.*, 1984, y de Cass., sez. lav., 26 de enero de 1984, n. 618, en *Mass. Giust. civ.*, 1984.

²⁴ Comm. imp. distr.le, sez. XLII, Milano, 15 de marzo de 1994, n. 179, en *Boll. trib.*, 1994, p. 723.

²⁵ Cfr., entre otros, MONTICELLI, *op. cit.*, p. 130 ss. (en part. p. 131).

²⁶ VENOSTA, *op. cit.*, p. 149.

La tesis de la sanación está perjudicada por su misma premisa ideológica de elevar el contrato como único punto de apoyo de los mecanismos constitutivos de la relación, y termina con tener una valencia meramente descriptiva, renunciando a explicar a cuáles de los efectos consecuentes al art. 2126 c.c. sea indispensable el contrato y a cuáles es en cambio suficiente el hecho de la prestación.

En cuanto a la tesis de la irretroactividad de los pronunciamientos de invalidez, se ha justamente contestado la innatural equiparación entre nulidad y anulabilidad que ella comporta, dado que el art. 2126 c.c. recuerda distintamente las dos formas de invalidez, haciendo así aplicables las diversas disciplinas dispuestas para cada una de las dos sanciones²⁷.

La tesis de la irretroactividad, además, «presenta la singularidad de no anclar el efecto del pronunciamiento judicial, ni a la fecha de la conclusión del contrato inválido, ni a aquella de la demanda, sino a un momento variable caso por caso, o sea a aquel en que cesa la prestación laboral: lo que puede verificarse también después de la demanda judicial o después de la sentencia»²⁸.

Debe también ser negado que la prestación laboral de hecho tenga naturaleza negocial²⁹, por lo que son irrelevantes la eventual incapacidad de obrar y los vicios del consentimiento: el derecho del prestador de hecho a la remuneración no deriva del contrato de trabajo inválido sino directamente de la ejecución de la prestación; como es demostrado, una vez más, por el hecho de que el contrato no produce su efecto típico principal: la obligación de trabajar a cargo del trabajador subordinado y la correlativa pretensión en cabeza del empleador.

Otra objeción que puede formularse a la tesis contractualista es que no tiene en debida cuenta que, vista la *ratio* del art. 2126 c.c., la regla que tutela los derechos del trabajador en virtud de la relevancia social de la prestación ejecutada no puede

²⁷ CORRADO, *I diritti dei superstiti in caso di morte del lavoratore*, en Riv. dir. comm., 1948, I, p. 346. Análogamente: DELL'OLIO, *op. cit.*, p. 31.

²⁸ CAFERRA, *Disciplina dell'indebito e tutela del lavoro*, en Riv. dir. civ., 1979, I, p. 321; cfr. también DELL'OLIO, *op. cit.*, p. 33.

²⁹ Se trata de la opinión prevalente, aunque en el interior de esta haya quien habla de acto jurídico en sentido estricto (FUNAIOLI, *I rapporti contrattuali di fatto in materia contrattuale*, en Ann. dell'Università di Ferrara, Ferrara, 1952, p. 197), quien de acto real (RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965, p. 149), quien de declaración no negocial (DELL'OLIO, *op. cit.*, p. 236 ss.) y quien, finalmente, de «acto meramente exterior» (MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955, p. 110 ss. y p. 240 ss.).

limitarse al caso de la invalidez del contrato, sino que debe extenderse coherentemente a la hipótesis del trabajador que haya ejecutado su actividad laboral en disconformidad con el contenido contractual³⁰. En tal caso, aplicar de todos modos las reglas pactadas se resolvería en una evidente contradicción: esto confirma más aún que la autonomía privada pierde relevancia en favor de la disciplina legal, la cual toma como referencia la prestación concretamente efectuada.

Todas las tesis que intentan explicar el problema de la prestación de trabajo de hecho reconduciendo la relación laboral al contrato recorren una vía marcada por un límite preciso, que condiciona el camino desde las premisas hasta el punto de llegada: el de vislumbrar en el contrato la única fuente constitutiva posible de la relación; un límite tan rígido que el contrato mantiene esta unicidad incluso cuando es nulo.

Pero el principio de atipicidad de las fuentes, expresado en el art. 1173 c.c., demuestra que el contrato no es la única fuente posible de constitución de la relación laboral.

2.2. La tesis legalista: la ley y las normas colectivas sustituyen la disciplina contenida en el contrato inválido

181

La tesis contractualista ha sido acogida por la jurisprudencia³¹. Se trata, más exactamente, de un pragmatismo dictado por la idea de que la conservación de los acuerdos privados beneficia mayormente a las partes de la relación. El problema no resuelto, sin embargo, es el hallazgo de un criterio idóneo para alcanzar semejante resultado.

En el plano práctico, los jueces coinciden en excluir la aplicación de todas aquellas normas que regulan y limitan la facultad de despido del empleador³². Tampoco podrían aplicarse a la relación ejecutada de hecho las normas sobre la conservación de la relación de trabajo, como aquellas en situación de suspensión; ni ciertos poderes y deberes de las partes, como el poder directivo y el deber de obediencia; ni resultan relevantes los acuerdos inherentes a las modalidades de

³⁰ Sobre el punto, cfr. GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, p. 347 ss. y p. 377 ss.

³¹ Cfr. Cons. giust. amm. sic., 25 de octubre de 1996, n. 371, en *Giust. amm.sic.*, 1997, p. 54 y en *Foro amm.*, 1997, p. 220; Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdiz., 1º de octubre de 1996, n. 273, en *Giust. amm.sic.*, 1996, p. 92.

³² Cass., sez. lav., 22 de noviembre de 1985, n. 5799, en *Not. giur. lav.*, 1986, p. 138.

la prestación laboral, si bien ello no excluye que el desarrollo concreto de la relación sea idóneo para hacer surgir en cabeza de las partes importantes deberes y derechos, como los de custodia, de seguridad y de fidelidad, que encuentran su fuente en los principios del derecho común, especialmente en el principio de corrección o de buena fe³³.

Según la tesis acontractualista o legalista, la ejecución de la prestación de hecho tiene como efecto el surgimiento, en cabeza del trabajador, de todos los derechos derivados del desarrollo de la relación laboral, el más importante de los cuales es el derecho a la remuneración, en todas sus formas (incluida la indemnización por terminación de la relación), cuya cuantificación se rige por la normativa legal y por los convenios colectivos.

Es, además, posible la determinación judicial *ex art.* 2099, apartado 2, c.c.: en tal caso, el juez hará referencia al parámetro objetivo de la corriente valuación de mercado, pero le será útil también una valuación de la relación tal como se ha desarrollado concretamente y, eventualmente —sin que ello pueda asumir relevancia absoluta y solo como pura medida de referencia—, una valuación de las estipulaciones contenidas en el contrato inválido.

182

Me parece que, no obstante la defectuosa formulación de la norma, que parece indicar una «ineficacia de la invalidez del contrato» (la nulidad o la anulabilidad del contrato de trabajo no produce efectos ...), la invalidez, como sanción general, permanece fiel a sí misma: el contrato nulo, en particular, permanece como tal, y por lo tanto es improductivo de efectos. El contrato, tras la declaración de nulidad o la sentencia de anulación, es definitivamente ineficaz: es a la ley y a los contratos colectivos a los que el art. 2126 c.c. remite la protección del prestador, en la exclusiva consideración de la actividad laboral ya ejecutada de hecho³⁴. Solo si la relación ha sido ejecutada, se producen los efectos legales dirigidos a la tutela del agente; en caso contrario, no se produce ningún efecto y el contrato de trabajo nulo permanece a la par de cualquier contrato nulo.

³³ Así CAFERRA, *op. cit.*, pp. 327-329, el cual indica, como consecuencias jurídicas que encuentran su presupuesto en la ejecución de la prestación de trabajo: la obligación del empleador de adoptar todas las medidas idóneas a tutelar la integridad física y la personalidad de los prestadores de trabajo (art. 2087 c.c.); la adquisición de los derechos absolutos conexos al desarrollo de la actividad laboral (art. 2590 c.c.); la adquisición de los derechos sindicales; los derechos y las obligaciones sancionados en la normativa especial en materia previsional.

³⁴ Para la tesis de la producción *ex lege* de los efectos: FUNAIOLI, *op. cit.*, pp. 180-190; RICCA, *op. cit.*, p. 148.

Se puede comprender entonces por qué ilustres estudiosos subrayaron en el pasado que la fuente de los efectos es en realidad un supuesto de hecho complejo, formado por el contrato inválido más el acto de ejecución del contrato mismo³⁵.

En la doctrina³⁶, al encuadrar y proveer una explicación dogmática del art. 2126 c.c. en el interior de la teoría de las relaciones contractuales de hecho, se ha vuelto a hablar de un supuesto de hecho «autónomo respecto a aquel que disciplina los efectos de la invalidez negocial». De la nulidad *ex art.* 2126 c.c. deriva, como regla general, la ineficacia; mientras que los efectos que excepcionalmente se producen no son reconducibles al contrato inválido, sino que los efectos normales de otro acto jurídicamente relevante³⁷, constituido, en la especie, por la prestación de trabajo concretamente ejecutada.

La construcción en términos de supuesto de hecho complejo, compuesto por el contrato y por la ejecución de la prestación, paga evidentemente tributo a la insuperabilidad de un dato inevitable: la existencia de un acto (aunque sea inválido) es, en cualquier caso, una condición imprescindible para la aplicabilidad de la tutela.

Pero lo que más cuenta, más allá de las definiciones de carácter dogmático y en mayor medida en coherencia con la *ratio* normativa, es esto: se trata de efectos legales que se refieren exclusivamente a lo que ya ha ocurrido en la realidad de la relación; es el hecho lo que merece tutela, no el acto viciado³⁸. El trabajador puede en cualquier momento interrumpir la actividad emprendida alegando la invalidez del acto, y puede obtener la remuneración relativa a las prestaciones ya ejecutadas reclamando el tratamiento al cual le da derecho el hecho.

Si se acepta que, excepcionalmente, la relación puede tener su origen en el hecho (ejecución de la prestación) en vez del acto (contrato de trabajo), es fácil tratar la relación misma separadamente del contrato y de forma autónoma respecto a él.

³⁵ FUNAIOLI, *I rapporti contrattuali di fatto in materia contrattuale*, en *Annali dell'Università di Ferrara*, 1952, p. 197 s.; Análogamente: BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, en *Jus*, 1957, p. 363.

³⁶ STANGHELLINI, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto*, Milano, 1997, p. 119.

³⁷ El Autor se refiere, sobre el punto, a los estudios de DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964, p. 66.

³⁸ Por lo tanto, si se comparte la premisa, se sigue lógicamente que con la nulidad del contrato deban caer también las cláusulas más favorables al trabajador eventualmente establecidas en él. A esta solución se oponen, obviamente, aquellos que conducen la producción de los efectos directamente al contrato inválido: si él produce sus normales efectos por todo el período de realización, deben tenerse por operantes también las eventuales cláusulas más favorables en él establecidas.

Desde este punto de vista, es apreciable el intento de conciliar la tesis contractualista con la «legal», mediante la explicación de que la invalidez del contrato (que permanece inválido), si bien produce efectos en el plano interno conforme a las normas sobre la autonomía privada, no los produce, en cambio, en el plano externo, es decir, respecto de la prestación efectivamente ejecutada. La prestación laboral conserva, por lo tanto, su relevancia jurídica respecto al contrato inválido, porque es considerada por la ley como «prestación aislada»³⁹.

La solución, en su intento de operar una mediación entre las dos principales tesis doctrinales, aplica, sin embargo, el contenido contractual con referencia a la determinación del elemento más importante: la remuneración. La convención sobre la compensación, más precisamente, podría ser extraída del contrato inválido si ella no está de por sí afectada por vicios: lo que sería posible si, por ejemplo, el acuerdo sobre la remuneración está contenido en un contrato inválido por vicios atinentes a la forma (como el contrato de enrolamiento); no, en cambio, si el empleador era incapaz o su consentimiento estaba viciado.

Pero es evidente la dificultad concreta de discernir, en el ámbito del mismo contrato, los casos en los cuales las cláusulas sobre la compensación están viciadas por la incapacidad o por los vicios del querer, y aquellos en los cuales no lo están. Esta solución comporta, además, la inevitable admisión de que algunas partes del contrato deberían ser tenidas por válidas; de ello resulta la ambigüedad de una construcción que intenta superar la concepción contractual permaneciendo al mismo tiempo adherida a la letra del art. 2126 c.c., cuando quizás sería mejor limitarse a tomar nota de la desafortunada formulación de la norma⁴⁰.

No parece decisiva, por lo demás, ni siquiera la premisa sobre la cual se basa esta tesis, a saber, la necesidad de operar un equilibrio entre la teoría contractualista y la teoría legalista, desprendida de la convicción de que, no obstante las lagunas de la primera, la conservación de las determinaciones convencionales sea seguramente deseable en algunos casos; entre estos, destacaría la hipótesis en la cual el acuerdo sobre la compensación haya sido concluido separadamente del contrato de trabajo y no resulte, por lo tanto, viciado⁴¹. Puede objetarse que, en la especie,

³⁹ Es la tesis sostenida por DELL'OLIO, *op. cit.*, *passim*, el cual, cuanto al concepto de «prestación aislada», se refiere a los estudios de GIORGIANNI, *Causa*, en Enc. dir., VI, Milano, 1960, p. 565 ss.

⁴⁰ Para una sintética crítica a la tesis de los reflejos externos de la invalidez del contrato, cfr. CA-FERRA, *Disciplina dell'indebito e tutela del lavoro*, en Riv. dir. civ., 1979, I, p. 326 y p. 331.

⁴¹ DELL'OLIO, *Sulla «ineficacia dell'invalidità» del contratto di lavoro (art. 2126, comma 1º, c.c.)*, en *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, V, Napoli, 1972, p. 272 s.

la teoría legalista no impide la aplicación del contenido del acuerdo separado: en efecto, el recurrir a la operatividad de la ley en función sustitutiva de la autonomía contractual opera solamente si el contrato es nulo o anulable (art. 2126 c.c.); pero si el acuerdo separado no está afectado por vicio alguno, la integración legal no entra en juego, por lo que el juez, limitándose a lo inherente a la determinación de la remuneración, deberá estarse a lo convenido por las partes.

III. LA PRESTACIÓN LABORAL DE HECHO Y EL PRINCIPIO QUOD NULLUM EST NULLUM PRODUCIT EFFECTUM

Junto a las opciones técnicas, afloran particularmente las elecciones ideológicas del intérprete. La tesis contractualista encarna una concepción que ve en los privados a los mejores jueces de sí mismos: la autonomía privada, y en particular el contrato como instrumento de libertad y de igualdad, son el mejor remedio para la recomposición de los equilibrios económicos y de los derechos. En esta óptica, no hay mejor solución que remitir a la misma disciplina pactada, aunque contenida en un acto inválido, la tutela de la actividad concretamente desarrollada por el prestador.

La tesis acontractualista, al contrario, pone en el centro de la indagación el problema de la tutela del trabajo, captando así mejor, a mí parecer, el valor social del art. 2126 c.c. a la luz de los principios constitucionales. En la norma es innegable la consideración legislativa de un deber de colaboración entre las partes⁴², que tiene su peculiar inspiración en la fundamental connotación del trabajo como primer medio de sustento y de bienestar individual y colectivo; por esta razón, la confianza puesta por el trabajador en la realización de un provecho se convierte en un interés destinado a prevalecer sobre las exigencias generales subyacentes a las normas sobre la forma y sobre los vicios del contrato.

Si el trabajo es, por excelencia, el medio de sustento, esto significa que en el art. 2126 c.c. están en juego exigencias vitales de la persona del trabajador⁴³, las cuales no pueden ser confinadas a meros motivos del contrato, sino que entran a formar parte de su causa bajo el perfil de la suficiencia de la remuneración: «con

⁴² Para el tentativo de clasificar el contrato de trabajo como contrato de colaboración más bien que como contrato de intercambio cfr. RICCA, *Retribuzione sufficiente e molteplicità di redditi di lavoro*, en *Giust. civ.*, 1962, I, p. 1812 y nota 24.

⁴³ El derecho a una equitativa remuneración ex art. 36 Const., es definido en los términos de un derecho público de la personalidad por PUGLIATTI, *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, en *Riv. giur. lav.*, 1950, I, p. 189.

el contrato de trabajo no se realiza tanto una causa de intercambio, trabajo contra merced, cuanto más bien se cumple con un interés (del empleador) que coincide con un interés correspondiente del prestador»⁴⁴.

Entre los sostenedores de la tesis acontractualista, hay quien recuerda que el contrato de trabajo crea un *status*⁴⁵; y, al someter a una disciplina exclusivamente legal la prestación de trabajo, la califica como acto real⁴⁶.

Esta total sustitución de la disciplina convencional por la disciplina legal parece a primera vista resolverse en la cancelación de cualquier alcance innovador del art. 2126 c.c., así «reportando los términos del problema jurídico a la situación precedente al código del '42 y reduciendo la intervención del legislador a la mera afirmación de principio de la exigencia de tutela del trabajo»⁴⁷.

En efecto, a primera vista, podría parecer superflua la norma: si simplemente remite a la cuantificación legal de la remuneración según valores de mercado, la regla de la «ineficacia de la invalidez» pierde su carácter excepcional y se limita a confirmar, en el ámbito del derecho laboral, la disciplina general del pago de lo indebido objetivo⁴⁸.

⁴⁴ RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali*, cit., p. 129 s., el cual subraya con fuerza como «en el contrato de trabajo todos los efectos gravitan sobre (la prestación de) trabajo, como medio de elevamiento y de dignidad social, y como medio de sustento: el interés de las partes contrapuestas coincide por lo tanto en esto, que ambas consideran sacar beneficios diversos de un único objeto: el trabajo. Otra cosa es que el empresario cuente sacar los mayores beneficios, con el menor costo, y el trabajador mayores ganancias, con el menor sacrificio: todo esto atañe... solamente al campo de los motivos, que nada tienen que ver con el esquema (causal) del contrato». En los mismos términos: ID., *Retribuzione sufficiente e molteplicità di redditi di lavoro*, en *Giust. civ.*, 1962, I, p. 1813. *Contra*: ZAGO - GARELLI, *op. cit.*, p. 59 ss.

⁴⁵ Así RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali*, cit., p. 133, entendiendo sin embargo el concepto en sentido lato, como situación de particular valor moral y social.

⁴⁶ RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali*, cit., pp. 148-155. El Autor recuerda el instituto de la gestión de negocios a confirmación del hecho de que un acto abstractamente ilícito, que sustancialmente viola la ajena esfera jurídica, puede recibir tutela jurídica; y considera además que los modos de adquisición de la propiedad a título originario, son la demostración de la tutela por parte del ordenamiento de la realización de un resultado útil. Se trata de dos fenómenos a los cuales es acordada una tutela meramente conservativa, porque garantiza el estado de hecho de una situación ya verificada.

⁴⁷ CAFERRA, *op. cit.*, p. 322, según el cual «se trata de una conclusión que claramente choca, por un lado, contra el dato textual y, por el otro, contra el claro propósito innovativo manifestado por el legislador en los trabajos preparatorios, donde se intentan superar las soluciones no satisfactorias, alcanzadas según los intérpretes del derecho común».

⁴⁸ CAFERRA, *op. cit.*, p. 333 s., afirma que «el nexo, indudablemente existente en la valuación normativa, entre contrato nulo o anulado y «la ejecución de la relación» induce a configurar

Sin embargo, la norma en cuestión, que por un lado verdaderamente se inserta, como confirmación suya, en la regla general de que todo «pago» no debido debe ser restituido, mantiene su especialidad justamente en la peculiar importancia social y jurídica que en ella asumen los principios del derecho del trabajo.

En relación con el principio *quod nullum est nullum producit effectum*, es necesario indagar cuáles derechos corresponden al trabajador a consecuencia de haber ejecutado un *facere*, al cual no estaba obligado: por no ser consecuente a un contrato válido y porque, como se ha visto, al hecho de la actividad desplegada no es reconducible el nacimiento de una obligación de trabajar o de continuar la actividad emprendida.

Me parece, entonces, un método adecuado, para entender qué comporta la introducción del art. 2126 c.c. en el derecho positivo, operar un contraste con lo que ocurriría si dicha norma no existiera. Ahora bien, en ausencia de la regla que quita eficacia a la invalidez del contrato, a la sentencia de nulidad o de anulación le seguiría la repetibilidad de la prestación ejecutada: prevalece, en efecto, la solución jurisprudencial de la aplicabilidad de la disciplina del pago de lo indebido también a las prestaciones que tienen por objeto un *facere*. En consideración, sin embargo, de la imposibilidad de restituir materialmente la prestación, se operaría una restitución por equivalente: el trabajador tendría derecho al contraprestación que le correspondería por la prestación ejecutada, determinada según valores objetivos de mercado.

187

En otras palabras, en ausencia de una norma como el art. 2126 c.c., al *solvens indebiti* le correspondería una compensación igual al valor «medio» de la actividad desarrollada⁴⁹.

Si así están las cosas, es neta la distinción entre las consecuencias de la tesis contractualista y los efectos de la disciplina del pago indebido: si esta da derecho a una compensación media, la primera atribuye al trabajador la misma remuneración establecida por las partes en el contrato, que puede ser notablemente inferior o

la disciplina dictada por el art. 2126 como tratamiento de una prestación indebida», aunque la norma tenga carácter de especialidad respecto a la disciplina general del indebido.

⁴⁹ Dicho compenso correspondería en los límites del enriquecimiento del empleador si se aplicara a las prestaciones de hacer y de no hacer, como quiere la tesis tradicional y hoy minoritaria, el art. 2041 c.c. más bien que los art. 2033 ss. c.c. Cfr. ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padua, 2005, *passim*. Para una panorámica en lengua inglesa de las relaciones entre el pago de lo indebido y el enriquecimiento sin causa en el civil law y el common law, véase ALBANESE, *Some open questions on restitution rules in comparative legal traditions*, en *Studi di Falling in Law*: <https://www.fallinginlaw.com/some-open-questions-on-restitution-rules-in-comparative-legal-traditions/>

superior a la remuneración normalmente concedida a un trabajador subordinado por el desarrollo de una análoga actividad laboral. Se haría referencia, además, a los acuerdos que las partes han convenido en relación con los otros derechos y obligaciones inherentes a la relación.

La tesis contractualista, por lo tanto, abstrae la regla del art. 2126 c.c. del ámbito del pago indebido y le confiere un alcance excepcional respecto al sistema general de las obligaciones restitutorias (con la importante consecuencia, entre otras, de la inaplicabilidad de la regla en vía analógica a otros supuestos de hecho, como aquellos del trabajo parasubordinado).

Menos neta es la distinción entre el art. 2126 c.c. y el pago indebido si se sigue la tesis acontractualista, hasta el punto de que el primero podría incluso parecer de escasa utilidad. En ambos casos, en efecto, el trabajador sería remunerado con base en valores medios de mercado (restitución por equivalente).

La utilidad del art. 2126 c.c. está, sin embargo, en el hecho de que este impone, más allá de cualquier duda, el respeto de los mínimos remunerativos sancionados por el art. 36 Const.: «el trabajador tiene derecho a una remuneración proporcionada a la cantidad y calidad de su trabajo y en cualquier caso suficiente para asegurar a sí y a la familia una existencia libre y digna».

188

El apartado 2 del art. 2099 c.c. sanciona que «a falta de acuerdo entre las partes, la remuneración es determinada por el juez». Pues bien, a falta de la especificación del art. 2126 c.c., se plantearía una duda de gravedad extrema: si el juez, en la determinación del valor de la prestación, debe evaluar exclusivamente el valor objetivo de la misma, según el criterio típico de la restitución por equivalente, o bien puede tener en cuenta la más amplia garantía constitucional y, con base en ella, disfrutar de una mayor libertad decisional a fin de tutelar en mayor medida al trabajador previa valuación de las concretas circunstancias de hecho⁵⁰.

IV. LA PRESTACIÓN LABORAL DE HECHO COMO PRESTACIÓN INDEBIDA «ESPECIAL», MERECEDORA DE UNA «TUTELA RESTITUTORIA REFORZADA»

El criterio ordinario de cuantificación relevante en materia de pago indebido, en efecto, precisamente por su objetividad, prescinde de la particular posición de

⁵⁰ Insiste sobre la necesidad de preparar un umbral mínimo infranqueable de protección del trabajador Cons. Estado, sez. V, 24 de agosto de 2000, n. 4594, en *Riv. personale ente locale*, 2001, p. 375.

las partes de la relación, y por lo tanto de la peculiar tutela del trabajo y de la conexa protección reservada por el ordenamiento al trabajador subordinado; el juez debe limitarse a la consideración de la prestación como atribución patrimonial *sine causa*. Este criterio contrasta con el llamado constitucional a la protección social del trabajador subordinado, a la constatación concreta de la eventual lesión de su libertad o de su personalidad; y contrasta con la necesaria valuación de la posición de inferioridad del trabajador. El art. 2126 c.c. permite, en cambio, reafirmar la especialidad del derecho del trabajo y desplegarla también en el ámbito restitutorio⁵¹. Se trata de una norma no excepcional, por lo tanto, sino más bien especial (susceptible de aplicación analógica).

La norma se inserta perfectamente en el interior de la disciplina de la nulidad y del pago indebido y es coherente con el sistema restitutorio general: la prestación ejecutada con base en un contrato de trabajo inválido permanece siempre como una prestación no debida destinada a una función ejecutiva, y no habría razón para excluir la disciplina general prevista. Subsiste, más bien, la exigencia de especificar aquella tutela en observancia de la particular relevancia social del trabajo y a la preeminente necesidad de protección del trabajador: el art. 2126 c.c. refuerza la tutela ya ofrecida a cualquier *solvens indebiti* de una prestación de hacer, en observancia de los principios fundamentales del derecho del trabajo.

Si a un agente «cualquiera» le compete la sola restitución por equivalente, y por lo tanto únicamente la «compensación media», al trabajador subordinado le corresponde dicha compensación media más todas las garantías y tutelas previstas por la normativa especial en materia de trabajo, incluidos los contratos colectivos y los usos. De tal manera no se tiene, simplemente, una prestación de hecho que resulta asimilada a una prestación típica, sino que se tiene una relación de trabajo subordinado de hecho a la cual es aplicable la disciplina legal de la relación de trabajo subordinado típico. Se evitan disparidades entre sujeto débil y sujeto débil: sea que la actividad sea prestada de hecho, o que consiga a una relación instaurada regularmente, no existen discriminaciones en materia de tutela.

⁵¹ Otra objeción que puede hacerse contra la tesis contractualista es justamente esta: si la invalidez del contrato no produce efectos, esto significa que el entero contenido contractual debe aplicarse a la relación, y que la remuneración convenida se impone también si inferior a la medida establecida en los contratos colectivos o a los mínimos remunerativos de los cuales al art. 36 Cost. Se trata, evidentemente, de una solución que choca contra la misma *ratio* del art. 2126 c.c. (y que llevaría por lo demás al absurdo, como releva DELL'OLIO, *ult. op. cit.*, p. 275, de atribuir al contrato inválido una fuerza jurídica incluso mayor de aquella del contrato válido).

La *ratio* de la regla me persuade de que la ley no quiere hacer efectiva la compensación pactada, premiando con una mano un acuerdo que con la otra mano sanciona con la nulidad o la anulabilidad. Ella quiere, más bien, garantizar al trabajador el derecho a una compensación justa: y es tal, justamente, no el correspondiente pactado, que puede ser fruto, por lo demás, de un consentimiento viciado, y que fijaría por lo tanto un techo máximo a menudo inadecuado, sino el correspondiente conmensurable con base en el valor que asume en nuestro ordenamiento el haber ejecutado una determinada prestación en condición de subordinación.

Por otro lado, la prestación ejecutada, que debe ser tutelada en cuanto tal (y no en cuanto surge de un contrato que era y permanece improductivo de efectos), se beneficia de la más amplia protección posible, a salvaguardia de los derechos del trabajador, del respeto de los cuales no es posible prescindir, independientemente de cuál sea la fuente de la relación jurídica y de su validez.

Al trabajador subordinado de hecho, así como a cualquier otro trabajador subordinado, por lo tanto, no le compete únicamente el derecho a una compensación conmensurada según los cánones de la restitución por equivalente típicos de la disciplina del pago indebido, sino también, adicionalmente, cualquier tutela prevista a favor del trabajo subordinado, tanto en materia previsional⁵² como en materia de vacaciones, festividades, descansos, etc. En síntesis, el art. 2126, apartado 1, c.c. garantiza al trabajador, por el período en que la relación ha tenido ejecución, el derecho al mismo tratamiento, incluso de liquidación final, que le habría correspondido en caso de contrato válido⁵³.

El tratamiento económico debido a norma del art. 2126, apartado 1, c. c. comprende la indemnización sustitutoria del preaviso, la cual, por la expresa disposición del apartado 3, art. 2118, del mismo código, compete también en la hipótesis de cesación de la relación por muerte del prestador de trabajo, según la disciplina prevista por el art. 2122 c.c.⁵⁴. Nace luego el derecho a la indemnización por antigüedad según los criterios previstos por el art. 2121 c.c.⁵⁵.

También indemnización compensatoria por vacaciones no disfrutadas tiene carácter remunerativo y goza de la garantía prestada por el art. 2126 c.c.⁵⁶.

⁵² Sobre el derecho al tratamiento previsional: Cass., sez. lav., 10 de enero de 1987, n. 109, en *Orient. Giur. Lav.*, 1987, p. 349.

⁵³ Cass., sez. lav., 4 de mayo 1987, n. 4139, en *Arch. civ.*, 1987, p. 826.

⁵⁴ Cass., sez. lav., 18 de abril de 1988, n. 3052, en *Mass. Giur. it.*, 1988.

⁵⁵ Cass., sez. lav., 27 de octubre de 1987, n. 7931, en *Mass. Giur. it.*, 1987.

⁵⁶ Cass., sez. lav., 29 de mayo de 2018, n. 13473, en *Dir. e Pratica Lav.*, 2018, p. 2753.

Sin embargo, la equiparación del contrato de trabajo inválido al válido se limita a los efectos remunerativos del trabajo ya prestado y no es idónea para fundamentar pretensiones conservatorias del trabajador, de modo que, una vez finalizada la ejecución de las prestaciones laborales, no resulta aplicable la tutela contra los despidos ilegítimos. Así, el trabajador, aun habiendo consolidado el derecho a retener las remuneraciones percibidas durante la vigencia de la relación y el derecho al pago de las cotizaciones, no puede invocar ningún derecho a continuar prestando servicios ni a ser reincorporado al puesto de trabajo⁵⁷.

Esta opinión encuentra respaldo en la *Relación al proyecto preliminar del libro de las obligaciones*⁵⁸, la cual señalaba que la disciplina del pago indebido no habría podido ir más allá del problema de la compensación, mientras «resta a menudo por ver si el empleador agota sus deberes con el pago de una indemnización al trabajador por la utilidad recabada [...] o si él deba ser tenido [...] en los mismos límites en los que lo habría sido si el contrato de trabajo no hubiera sido inválido». Y formula a tal propósito los ejemplos de la responsabilidad civil por inobservancia de la obligación de aseguramiento, de los recargos por el trabajo extraordinario y el festivo, de las vacaciones, de los salarios mínimos, etc.

La *Relación* se preocupaba por el hecho de que la invalidez del contrato pudiera conllevar, ante una prestación calificable como indebida, la aplicación de la simple normativa ordinaria sobre el pago de lo indebido. De este modo, prevenía tanto este riesgo como la eventual aplicación de las disposiciones contractuales, proclamando que, si el contrato de trabajo es inválido, «puede dejar de aplicarse únicamente la disciplina contractual, pero no resulta inaplicable la normativa legal, la de los convenios colectivos o los usos».

El art. 2126 c.c. no se configura como una excepción a la *machinery* restitutoria, ni se sitúa fuera de la disciplina de la nulidad contractual. Con él, más simplemente, el legislador toma en consideración la naturaleza y los intereses de la prestación de trabajo subordinado como una prestación indebida «especial», en cuanto connotada por una particular relevancia social y, como tal, merecedora de una protección restitutoria reforzada.

⁵⁷ Cass., sez. lav., 25 de junio de 2009, n. 14913; Cass., sez. lav., 21 de noviembre de 2007, n. 24247, en *Mass. Giur. it.*, 2007; Cass., sez. lav., 29 de diciembre de 2006, n. 27608, en *Dir. e Pratica Lav.*, 2007, p. 2108.

⁵⁸ Cfr. Ministero di Grazia e Giustizia, *Lavori preparatori del codice civile (anni 1939-41). Progetti preliminari del libro delle obbligazioni, del codice di commercio e del libro del lavoro*, Roma, 1942.

Esto permite encuadrar de modo diverso también el problema de las relaciones reconducibles al denominado trabajo parasubordinado. Los jueces, al destacar que la regla tiene carácter excepcional atinente al trabajo subordinado, consideran que las disposiciones del art. 2126 c.c. no resultan aplicables a las relaciones de trabajo autónomo, incluso si estas presentan las características de la parasubordinación⁵⁹. A esta afirmación no se opondría la posible aplicación del art. 409, núm. 3, c.p.c. [*Código de Procedimiento Civil*], de carácter exclusivamente procesal, mientras que el art. 2126 c.c. constituye una norma de naturaleza sustantiva⁶⁰.

Pero si se acepta la premisa según la cual la norma codicística no tiene carácter excepcional, sino más bien especial por ser constitutiva de una tutela restitutoria reforzada, la extensión en vía analógica de la tutela a las categorías atípicas no solo es admisible, sino que viene incluso impuesta por la necesidad de operar una parificación socioeconómica frente a situaciones que, a la luz de la *ratio* del art. 2126 c.c., mantienen intacta la estructura fundamental del supuesto de hecho, esto es, una prestación laboral desarrollada en condición de inferioridad frente a un sujeto que ejerce el poder de control⁶¹. Naturalmente, si se opta por esta segunda solución, el carácter de trabajo parasubordinado deberá ser examinado previamente con atención por el juez, dada la incidencia práctica de sus consecuencias⁶². Del mismo modo, aun cuando es pacífico que la regla sancionada en el art. 2126 c.c. es operativa exclusivamente respecto de las prestaciones de trabajo subordinado y

⁵⁹ Cass., sez. lav., 21 de marzo de 2006, n. 6260, en *Mass. Giur. it.*, 2006; Cass., sez. lav., 27 de noviembre de 1995, n. 12259, en *Mass. Giust. civ.*, 1995; Cass., sez. lav., 8 de julio de 1993, n. 7489, *ivi*, 1993; Cass., sez. un., 12 de noviembre de 1983, n. 6730, *ivi*, 1983; Cass., sez. lav., 27 de noviembre de 1995, n. 12259, en *Lav. nella giur.*, 1996, p. 431; Cass., sez. lav., 18 de febrero de 1997, n. 1459, en *Mass. giur. lav.*, 1997, p. 309; en *Not. giur. lav.*, 1997, p. 181; en *Giust. civ.*, 1997, I, p. 2491, con nota de Albi. Para las cortes de mérito, cfr. Trib. Genova, 4 de marzo de 1997, en *Not. giur. lav.*, 1997, p. 347.

⁶⁰ Cass., sez. lav., 21 de junio de 2000, n. 8471, en *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, p. 641, con nota de OGRISEG, Lavoro parasubordinato e tutela delle prestazioni di fatto. Conformes todas las decisiones citadas en la nota precedente. También la Corte constitucional ha afirmado la relevancia solo procesal y no sustancial de la categoría de la parasubordinación: Corte cost., 24 de julio de 1995, n. 365, en *Cons. Estado*, 1995, II, p. 1263; en *Mass. Giust. civ.*, 1995, I, p. 2612.

⁶¹ Con referencia a contratos formalmente no reconocidos como subordinados, aunque el trabajador prestase servicio vía de hecho en régimen de subordinación, v. Cass., sez. lav., 24 de febrero de 2025, n. 4799; Cass., sez. lav., 18 de julio de 1983, n. 4958, en *Giust. civ.*, 1983, I, p. 3193; App. Napoli, sez. lav., 16 de junio de 2025, n. 1820.

⁶² Cass., 27 de febrero de 1998, n. 2157, en *Mass. Giust. civ.*, 1998, p. 449.

no de las de trabajo autónomo⁶³, el derecho a la remuneración debe, sin embargo, ser reconocido al profesional intelectual que haya desarrollado la propia actividad profesional (de hecho) por cuenta ajena sin estar inscrito en el colegio profesional: en este caso no se aplica el art. 2231 c.c. (que deniega la acción por la compensación), sino precisamente el art. 2126 c.c., por efecto del apartado 1 del art. 2238 c.c., según el cual «si el ejercicio de la profesión constituye elemento de una actividad organizada en forma de empresa, se aplican también las disposiciones del título II».

En otras palabras, en todas las hipótesis donde se reconozca la posición de inferioridad en la que se encuentra el trabajador frente a una contraparte que ejerce el control sobre su actividad, más allá de la concreta calificación profesional, reemergen las exigencias de tutela constituyentes la *ratio* del art. 2126 c.c.

Esta solución, al extender la protección del art. 2126 c.c. a un espectro más amplio de trabajadores, resultaría coherente con el principio constitucional de suficiencia de la remuneración (art. 36 Const.) y con el precepto fundamental del art. 35.1 Const., que protege el trabajo en todas sus formas y manifestaciones.

Recibido: 16-10-2025
Aprobado: 25-01-2026

193

⁶³ Esto se desprende, además de los trabajos preparatorios del código del 1942, de la colocación de la norma al interior del título inherente al trabajo en la empresa. Cfr. Cass., sez. lav., 25 de agosto de 2005, n. 17330, en *Dir. e Pratica Lav.*, 2006, p. 529; en *Lavoro nella Giur.*, 2006, p. 386.