

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Director de la E.U. de Graduados Sociales de Murcia*

Sumario:

- I. Naturaleza jurídica.
 - 1. Introducción.
 - 2. Planteamiento del problema.
 - 3. Criterio del Tribunal Supremo.
 - 4. Valoración crítica.
 - 5. Reflexión conclusiva.

- II. Compensación con otros salarios o ingresos análogos.
 - 1. Presunción del importe de las retribuciones percibidas en otro trabajo.
 - 2. Incompatibilidad con el subsidio por incapacidad.
 - 3. Aplicación al despido nulo.

- III. Sujetos responsables del pago.
 - 1. En casos de contratas o subcontratas.
 - 2. Traslación de la responsabilidad al Estado.
 - 3. Altos cargos.

- IV. Efectos reflejos sobre la ejecución del despido.
 - 1. El impago de los salarios de trámite.
 - 2. Devolución de los percibidos en ejecución provisional.

NOTA: *Versión revisada de la aportación al libro colectivo en homenaje al profesor ALONSO OLEA con motivo de su investidura como DOCTOR HONORIS CAUSA por la Universidad de Santiago de Compostela.*

A modo de sumaria presentación de las páginas que siguen puede afirmarse que la elección de cualquier tema relacionado con «El Despido» como materia o pretexto científico para pasar revista al estado de la cuestión en nuestro ordenamiento jurídico y reflexionar al respecto siempre resulta pertinente (1) por tantas razones que parece innecesario recordarlas todas; porque el régimen extintivo se encuentra en el centro de las discusiones acerca de las reformas que deban introducirse en nuestro ordenamiento jurídico; porque los encontrados intereses que titularizan trabajador y empresario se contraponen de manera especial en ese momento; porque las aportaciones doctrinales sobre el particular ofrecen una sólida base para reflexionar acerca de cuestiones particulares; porque la Ley 11/1994 produjo una auténtica conmoción en varias cuestiones axiales relacionadas con la extinción contractual y todo estudio al respecto suscita interés; en fin, para terminar ya (2), porque se trata de cuestión riquísima en aportaciones jurisprudenciales, constitucionales y de Derecho comparado.

En fin, a la hora de concretar el objeto material sobre el cual proyectar la atención se ha optado por el de los salarios de tramitación en la doctrina de unificación emanada del Tribunal Supremo por razones tanto intrínsecas al tema (la importancia práctica y las serias vacilaciones técnicas que la regulación propicia), cuanto contextuales (la Revista en que se publica dedica especial atención a temas prácticos y jurisprudenciales) y personales [publicaciones sobre la doctrina unificada (3)]. De manera frontal y con la no excesiva extensión que el caso requiere se abordan las principales cuestiones que han sido tratadas por la Sala Cuarta en los últimos años y con tal proyección unificadora.

(1) En este sentido se considera de obligada cita el libro colectivo publicado muy recientemente: *Estudios sobre el despido. Homenaje al profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo*, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1996.

(2) Procede advertir aquí que el destinatario del homenaje tributado por el Libro que se encuentra en el origen del presente artículo no es otro que el jurista de cuya pluma surgió -como en tantas otras parcelas- la monografía que puso la claridad y el orden jurídico precisos a fin de poder avanzar en los planos normativo, doctrinal y jurisprudencial; *cfr.* M. ALONSO OLEA, *El despido (Un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario)*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957.

(3) En concreto, los tres volúmenes sobre *Jurisprudencia Social. Unificación de doctrina*, referidos a los años 1991-1992 (Aranzadi, Pamplona, 1993), 1993-1994 (Aranzadi, Pamplona, 1995) y 1995 (Aranzadi, Pamplona, 1996), en colaboración con los profesores R. GARCÍA LÓPEZ y F. CAVAS MARTÍNEZ.

I. NATURALEZA JURÍDICA

1. Introducción.

Como quiera que la decisión empresarial de despedir es directamente ejecutiva, cabe la posibilidad de que el trabajador que cesa en su empleo, reclama contra la extinción de su contrato y obtiene sentencia favorable a su pretensión, haya de ser compensado con el *lucrum cesans* equivalente a lo que dejó de obtener por no haber prestado su actividad.

Conforme al artículo 56.1 b) del Estatuto de los Trabajadores, el trabajador cuyo despido sea declarado improcedente tiene derecho a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se notifique la sentencia conteniendo la referida calificación «o hasta que haya encontrado otro empleo si tal colocación es anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación».

Asimismo, respecto de los despidos nulos se dispone que tendrán el efecto de «la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir» (4).

2. Planteamiento del problema.

Por las enormes implicaciones prácticas que de ello derivan (cotización, fiscalidad, responsabilidad en supuestos de contratas, plazos de prescripción, etc.), un primer y crucial problema que se ha suscitado se refiere a la determinación de cuál sea la naturaleza jurídica (salarial o indemnizatoria) de estas cantidades, sin que pueda resolverse la cuestión apriorísticamente en función de la propia denominación que el ordenamiento jurídico les atribuye; desde luego, el tema ha sido objeto de diversos y encontrados pareceres doctrinales y jurisprudenciales (5).

Desde un punto de vista dogmático, no cabe duda de que la obligación patronal de abonar salarios al trabajador despedido de manera injusta surge como consecuencia -desfavorable para el empleador- represora o sanción puesto que, en cuanto soportada sin contraprestación de actividad laboral, pare-

(4) Tal previsión aparecía recogida en el artículo 55.4 ET en su versión de 1980, habiéndose reiterado por el artículo 55.6 tras las modificaciones operadas por Ley 11/1994, de 19 de mayo, por lo que con tal texto y numeración ha sido asumida por el vigente texto refundido de 1995. Esta construcción legal se reproduce en las normas procesales (arts. 110.1 y 113.1 LPL).

(5) Una muestra de las contradictorias posiciones jurisprudenciales sobre el particular, en J. HERVÁS, «Doctrina jurisprudencial sobre el concepto y la naturaleza jurídica de los salarios de tramitación», *Actualidad Laboral*, Madrid 1992, tomo 1, pág. 149.

ce entroncar con una ontología indemnizatoria, extrasalarial. En este sentido, el importe de los salarios de sustanciación «es verdadera y propiamente, y siempre, una sanción por el incumplimiento del empresario del contrato de trabajo que se refleja en la falta de causa del despido» (6).

Siguiendo tal reflexión, en numerosas ocasiones los Tribunales postularon que se trata de cantidades de naturaleza indemnizatoria, como lo demuestran los datos de que se abonen sin actividad laboral prestada, puedan correr a veces por cuenta del Estado (no del empleador) y disminuyan en función de los ingresos obtenidos por el trabajador durante el período en que dejó de desarrollar normalmente su actividad (7). Posteriormente pareció adoptarse una posición híbrida, discriminando la naturaleza de las percepciones en función de cuáles fueren las consecuencias del despido, si la readmisión (en cuyo supuesto se entendía que eran verdaderos salarios) o la extinción del contrato (defendiéndose entonces lo contrario) (8). En fin, aparecieron también pronunciamientos en que se acoge la naturaleza salarial, aunque ello suele hacerse de modo implícito o como presupuesto para extender a tales percepciones determinadas garantías que sólo adornan a las que poseen tal carácter.

3. Criterio del Tribunal Supremo.

Lo cierto es que finalmente el Tribunal Supremo ha abordado de manera frontal y con carácter de generalidad la identificación de los denominados «salarios de tramitación». Basándose en una interpretación más bien literal que teleológica de las normas (9), el Alto Tribunal se ha desmarcado tanto de la tesis indemnizatoria cuanto de la intermedia y ha afirmado la naturaleza salarial de los salarios de tramitación apoyándose en los siguientes argumentos:

- 1.º En la propia terminología legal, sin que ello sea concluyente, pues lo cierto es que el legislador opta reiteradamente por hablar de «salarios dejados de percibir» [arts. 55.6 y 56.1 b) del ET; art. 113 de la LPL].

(6) M. ALONSO OLEA, *El despido (Un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario)*, cit., pág. 175.

(7) El apoyo jurisprudencial y desarrollo de estas consideraciones puede verse en A. MONTOYA MELGAR, «El despido improcedente y sus efectos», en AA.VV., *Estudios sobre el despido disciplinario*, segunda edición, ACARL, Madrid 1992, pág. 532, donde concluye que se trata de cantidades indemnizatorias mediante las que se busca reparar los perjuicios ocasionados por los salarios dejados de percibir a causa del despido.

(8) Por todos, M. GARCÍA PIQUERAS, «Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de los salarios de tramitación», *Actualidad Laboral* número 16, Madrid 1993, y la bibliografía allí citada; conforme al referido estudio «en caso de que el despido tenga eficacia extintiva los salarios de tramitación tienen naturaleza indemnizatoria, pero en los casos en que el despido carece de eficacia extintiva y la relación laboral continúa tras la sentencia, los salarios de tramitación son verdaderos salarios y no indemnización» (pág. 323).

(9) El calificativo lo acoge la STS de 7 de julio de 1994 (RJ 1994, 6351) que, desde esta óptica hermenéutica, viene a situarse en la línea seguida por las SsTS de 2 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10050) o 19 de mayo de 1994 (RJ 1994, 4284) respecto de otro aspecto concerniente a los salarios de tramitación, en los casos de despido nulo, para postular su minoración en la medida en que se hayan obtenido otros ingresos, pues mal pueden existir «salarios dejados de percibir» cuando sí se han obtenido en otra actividad.

- 2.º Cuando se regula la acción protectora del Fondo de Garantía Salarial, la ley prevé que «la indemnización complementaria por salarios de tramitación» (*sic*) «se considerará salario» (art. 33.1 del ET).
- 3.º El que queden sujetos a cotización frente a la Seguridad Social reafirma su carácter salarial y se opone a la naturaleza indemnizatoria (10).

4. Valoración crítica.

Expuesta ya la posición de nuestra jurisprudencia, no puede dejar de llamarse la atención sobre el modo tan expeditivo con que se ha sentado doctrina acerca de una cuestión que posee múltiples aristas e implicaciones. Aunque el resultado pudiera considerarse correcto, lo cierto es que el camino por el que se accede al mismo no deja de llamar la atención, toda vez que:

- 1.º Las propias normas también califican a estas cantidades abonadas por el patrono con el término «indemnizaciones» (por ejemplo, art. 33.1 del ET) o, de manera poco comprometida, como «percepción económica» (art. 57.1 del ET). Quiere ello decir que el argumento nominalista tanto puede invocarse en uno como en otro sentido.
- 2.º El Fondo de Garantía Salarial, pese a su propia denominación, responde asimismo del abono de ciertas indemnizaciones (en particular, por causa de extinción contractual según lo previsto en el art. 33.2 del ET) y no sólo de rentas salariales. Quiere ello decir que en las normas reguladoras de tal organismo es difícil encontrar una palanca argumental de signo indubitado.
- 3.º La cotización a la Seguridad Social será una consecuencia de la naturaleza salarial, más que una razón para postular la misma. En todo caso, siendo el de base de cotización un concepto de construcción jurídico-positiva, en el que se excluyen algunas partidas retributivas de signo salarial [por ejemplo, art. 109.2 g) de la LGSS], también sería factible que por razones de Política Legislativa se hubiere dispuesto la cotización de unas prestaciones económicas aun sin que poseyeren naturaleza de salario.

(10) Conforme a la disposición adicional segunda de la Ley 4/1990, de Presupuestos Generales del Estado para 1990, de 29 de junio, «en los casos de despido en que, con arreglo a la normativa vigente, sean por cuenta del Estado los salarios de tramitación, serán con cargo al mismo las cuotas de la Seguridad Social correspondientes a dichos salarios»; tal es el tenor del vigente artículo 57.2 del Estatuto de los Trabajadores de 1995.

La disposición adicional decimoséptima de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1995, sobre cotización, afirma que «el empresario es el sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar por los salarios de tramitación [...] sin perjuicio de su derecho a reclamar del Estado...»; dicha norma siguió en vigor para el año 1996 como consecuencia de lo prevenido en la Orden Ministerial de 11 de enero de 1996 (art. 1.º).

El artículo 282 b) de la Ley de Procedimiento Laboral dispone que en los supuestos en que procede la readmisión del trabajador despedido y el empresario incumple tal obligación, el Juez adoptará las medidas necesarias a fin de que «el trabajador continúe en alta y con cotización en la Seguridad Social».

- 4.º El tenor del artículo 33.1 del Estatuto de los Trabajadores [«se considerará salario la indemnización complementaria por salarios de tramitación»] bien pudiera entenderse como una asimilación a los concretos efectos en él previstos y no como una calificación de alcance general; nótese que el propio precepto comienza estableciendo su contenido «a los anteriores efectos», es decir, a fin de afirmar la obligación de pago que recae sobre el Fondo de Garantía Salarial.
- 5.º El propio Tribunal Supremo ha seguido refiriéndose en reiteradas ocasiones al carácter indemnizatorio de estos salarios (11).

5. Reflexión conclusiva.

En definitiva, aunque esta doctrina posee el innegable valor de clarificar la cuestión, se echa de menos en ella una reflexión explícita y frontal acerca del papel que los salarios de tramitación poseen, de su finalidad, génesis y configuración dogmático-jurídica; quizás algo haya podido influir en esta carencia que la cuestión se abordase de forma previa a la determinación de si la empresa principal respondía de las cantidades adeudadas en tal concepto por la empresa contratista y que se tuviese cierta «prisa» por zanjar el tema e implicar a la primera en el abono de dichos salarios, como una más de las «obligaciones de naturaleza salarial» (art. 42.2 del ET).

Si se desea proclamar su naturaleza salarial, mejor parece poner de manifiesto cómo los salarios de tramitación vienen a compensar una actividad laboral que si no es real y efectiva ha de considerarse como tiempo de trabajo (igual que, por ejemplo, las vacaciones); sólo una actuación anti-jurídica del propio empresario impide que se haya desplegado la actividad laboral en régimen de ajenidad y dependencia, de modo que tales percepciones no suponen sino una especie de *restitutio* o recomposición de los normales efectos del contrato de trabajo. La clave estaría en subrayar que constituyen la contraprestación natural de la actividad, aún no desarrollada, del trabajador. «La naturaleza de los salarios de tramitación reside en ser debidos los mismos en virtud del referido contrato y no por el sentido de una opción (readmisión o indemnización) que se desenvuelve *a posteriori* de la reconstrucción de éste» (12).

(11) Las Sentencias de 2 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10050), 19 de mayo de 1994 (RJ 1994, 4284), 14 de marzo de 1995 (RJ 1995, 2010), recaídas todas en recursos de casación para la unificación de doctrina, afirman que «la figura de los salarios de tramitación tiene una *evidente y clara naturaleza indemnizatoria*, pues con ellos se pretende, tanto en los despidos nulos como en los improcedentes, compensar al trabajador de uno de los perjuicios que para él derivan del hecho del despido, cual es el no percibir retribución alguna desde la fecha de tal despido y durante la sustanciación del proceso correspondiente; por ello, si el trabajador de que se trate, ha trabajado para otra empresa en todo o en parte de ese lapso de tiempo y ha cobrado la pertinente remuneración, es obvio que, en cuanto al montante de ésta, no ha existido perjuicio alguno; y si no hay perjuicio, no puede haber tampoco resarcimiento».

(12) J. GÁRATE CASTRO. *Los salarios de tramitación. Un estudio de las percepciones salariales unidas a la declaración de improcedencia o nulidad del despido*, ACARL, Madrid, 1994, pág. 66.

II. COMPENSACIÓN CON OTROS SALARIOS O INGRESOS ANÁLOGOS

1. Presunción del importe de las retribuciones percibidas en otro trabajo.

1.1. Problema planteado.

Ya se ha recordado que conforme al artículo 56.1 b) del Estatuto de los Trabajadores, el trabajador cuyo despido sea declarado improcedente tiene derecho a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se notifique la sentencia conteniendo la referida calificación «o hasta que haya encontrado otro empleo si tal colocación es anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación».

Lo que se discute ahora es en qué términos ha de imputarse al trabajador que ha desarrollado otra actividad y que ha percibido los correspondientes ingresos, a fin de descontarlos; dicho de otro modo: se trata de determinar cómo opera en la práctica forense el referido mecanismo y cuál ha de ser, en su caso, la actividad probatoria que se articule por las diversas partes procesales.

1.2. Solución jurisprudencial.

Cuando el despido se declara improcedente o nulo el *onus probandi* de la prestación de servicios durante el tiempo de sustanciación procesal recae sobre quien gravita la obligación de retribuir, esto es, sobre el empleador o los sujetos que se subroguen en tal obligación. Entiende el Tribunal Supremo que cuando se acredita el empleo en otra empresa pero no el monto de lo percibido se presume que equivale al salario mínimo interprofesional (13); esta posición de la Sala Cuarta se desglosa en tres consecuencias entrelazadas:

- Si se acredita la prestación de servicios pero no el importe de lo cobrado, sólo es posible presumir que se ha percibido el salario mínimo interprofesional.
- Cuando el empresario quiera que proceda un descuento mayor habrá de demostrar que efectivamente percibió esa cantidad el trabajador.
- A la inversa, es el trabajador quien ha de probar el percibo de cuantías inferiores al salario mínimo interprofesional si desea que la minoración se atempere a ellas.

(13) SsTS de 2 de junio de 1992 (RJ 1992, 4511); 31 de enero de 1996 (RJ 1996, 490).

1.3. Valoración crítica.

Con carácter cautelar, ha de advertirse que la doctrina recién sintetizada no parece del todo cerrada o completa. Por un lado, si se acredita que se ha cobrado por debajo del salario mínimo interprofesional, resultaría paradójico que se concediera virtualidad (a estos efectos) al incumplimiento de las normas laborales. Por otra parte, si se demuestra que procedía la aplicación de norma sectorial u otro tipo de acuerdo colectivo previendo retribuciones superiores al salario mínimo interprofesional tampoco se entiende que se haga abstracción de tal dato a la hora de que «las percepciones económicas de los trabajadores» (art. 26.1 del ET), fijadas a través de los cauces habilitados al efecto (art. 3 del ET) adquieran funcionalidad más allá de la mera relación bilateral entre trabajador y empresa. En definitiva, no acaba de entenderse que a partir de la demostración de que se ha desarrollado una actividad productiva sólo pueda presumirse la percepción del salario mínimo interprofesional y no la de lo legalmente exigible, por más que (con arreglo a los consolidados criterios acerca de cuándo juega la regla *iura novit curia*) también lo segundo deba ser objeto de acreditación en determinados casos.

Dadas las peculiaridades del supuesto viene advirtiéndose sobre la necesidad de que la cuantía de referencia (sea el salario mínimo interprofesional con sus pagas extras o la realmente percibida) se establezca en proporción a la duración de la jornada desempeñada, así como sobre la posibilidad de que la acreditación exacta de lo percibido se lleve a cabo tanto en el acto del juicio cuanto en el incidente de no readmisión (14).

2. Incompatibilidad con el subsidio por incapacidad.

2.1. Planteamiento del problema.

Surge la duda de si el trabajador despedido improcedentemente que accede a la situación de incapacidad temporal (antigua incapacidad laboral transitoria) conserva el derecho a percibir el subsidio durante el lapso de tiempo en que coincidan la situación de baja médica por incapacidad y la obligación de la empresa de abonar los salarios de trámite. Se trata de determinar si cuando el trabajador se encuentra en situación de incapacidad y devenga el «subsidio equivalente a un tanto por ciento» de su base de cotización (art. 129 de la LGSS) tal prestación resulta compatible con «el derecho al cobro de una cantidad equivalente al importe de los salarios que hubiere dejado de percibir» (15) como consecuencia de haber sido objeto de un despido calificado como improcedente o nulo.

(14) Véase sobre estos temas J. GÁRATE CASTRO, *Los salarios de tramitación...*, cit., pág. 267 y ss.

(15) Se toma el entrecomillado alusivo a los salarios de tramitación del Preámbulo con que comienza el Real Decreto 924/1982, de 17 de abril, sobre reclamaciones al Estado por salarios de tramitación en juicios por despido.

En la práctica, la Entidad Gestora había solido oponerse a la pretensión de devengo del referido subsidio pues, de reconocerse derecho al mismo y aceptarse su compatibilidad con el percibo de los salarios de trámite abonados por la empresa, decaería su finalidad (reparar el estado de necesidad económica en que se encuentra quien por estar imposibilitado para el trabajo carece de otro tipo de rentas), al tiempo que su percepción significaría un enriquecimiento sin causa.

2.2. Solución jurisprudencial.

Para la Sala Cuarta, el trabajador que accede a la situación de incapacidad laboral durante el tiempo en que, una vez despedido, está devengando salarios de tramitación, por ser declarado con posterioridad el despido improcedente, tiene derecho al subsidio contemplado en las normas de Seguridad Social, pero no a ambas prestaciones de forma simultánea (16).

El Tribunal Supremo ha acogido la tesis de la incompatibilidad entre la percepción del subsidio y la de los salarios de sustanciación, pero descarta que con tal motivo el INSS quede liberado de su obligación de pago de la prestación correspondiente. En la medida que se produzca tal incompatibilidad, la exonerada sería la empresa en cuanto al pago de los salarios de trámite, no la Entidad Gestora, y ello por las siguientes razones:

- a) El subsidio por incapacidad es una prestación contributiva, que sólo viene condicionada a la imposibilidad de trabajar y a la necesidad de recibir asistencia médica (arts. 126 de la LGSS 1974, 128 de la LGSS 1994 y 1.º O.M. 13-10-1967), amén de estar en alta y cumplir la carencia, en su caso, exigida.
- b) Dicha prestación no se pierde por el hecho de tener otros ingresos, y sí por trabajar [arts. 130 de la LGSS 1974, 132 de la LGSS 1994 y 11 d) O.M. 13-10-1967].
- c) La incapacidad temporal es causa de suspensión del contrato de trabajo [art. 45.1 c) del ET], exonerando de las obligaciones recíprocas de trabajar y de remunerar el trabajo.
- d) La única previsión legal que contempla la percepción por el trabajador de una cantidad que cubra total o parcialmente lo adeudado por el empresario en concepto de salarios de trámite es el artículo 56.1 b) del Estatuto de los Trabajadores, refiriéndolo al supuesto en que el trabajador despedido hubiera encontrado otro empleo en fecha anterior a la de la sentencia que declare el despido improcedente, siempre que el empresario principal pruebe lo percibido por el trabajador en la nueva colocación a los efectos de su descuento de los salarios de tramitación.

(16) SsTS de 16 junio de 1994 (RJ 1994, 5442); 3 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7740); 17 de enero de 1995 (RJ 1995, 356); 24 de julio de 1995 (RJ 1995, 6329); 24 de junio de 1996 (RJ 1996, rec. 2793/1995).

2.3. Valoración crítica.

La doctrina de referencia parece acertada en su conclusión, pues los salarios de trámite sustituyen a los que hubieran debido percibirse, y es claro que durante una incapacidad temporal el contrato se suspende y la retribución no se devenga. Tan es así que tampoco surgiría obligación de abonar salarios de tramitación cuando se suspendiere el contrato de trabajo por incapacidad temporal y el trabajador careciera del derecho a subsidio por tal contingencia, por ejemplo, por no haber cubierto el período de carencia (17). De aquí que sea algo impreciso hablar de incompatibilidad entre subsidio por incapacidad y salarios de tramitación; en puridad, lo que acaece es que no nacen los segundos cuando el contrato queda suspendido por la apuntada circunstancia.

Resulta, por lo demás, evidente que si bien el criterio se sienta por el Supremo a propósito de la regulación aplicable a la incapacidad laboral transitoria, *mutatis mutandis*, es del todo trasladable a las situaciones generadas tras la reordenación llevada a cabo mediante Ley 42/1994, de 30 de diciembre, introduciendo la nueva situación de incapacidad temporal y separando de ella la de maternidad, tal y como en la precedente exposición ya se ha hecho (18).

3. Aplicación al despido nulo.

3.1. Cuestión suscitada.

Según ha quedado ya dicho, conforme al artículo 56.1 b) del Estatuto de los Trabajadores, el trabajador cuyo despido sea declarado improcedente tiene derecho a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se notifique la sentencia conteniendo la referida calificación «o hasta que haya encontrado otro empleo si tal colocación es anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación».

Sin embargo, la referida minoración de los salarios de trámite en cuantía equivalente a lo percibido en el nuevo empleo no se contempla expresamente respecto de los despidos declarados nulos, sobre los que tan sólo dispone que tendrán el efecto de «la readmisión inmediata del trabajador,

(17) En este sentido J. GÁRATE CASTRO, *Los salarios de tramitación...*, cit., pág. 177.

(18) La cuestión es pacífica en la doctrina; por todos, M.^a A. PÉREZ ALONSO, *La Incapacidad Temporal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 78.

con abono de los salarios dejados de percibir» (19). Se trata, en consecuencia, de determinar cuál es el significado que cabe otorgar al silencio del legislador respecto de este concreto aspecto en los supuestos de despido nulo (20).

3.2. Doctrina unificada recaída.

Resolviendo una fuerte polémica sobre esta figura, el Supremo ha afirmado que las cantidades percibidas por trabajo prestado en otra empresa durante la sustanciación del procedimiento impugnatorio han de deducirse de los salarios de tramitación a satisfacer por despido nulo (21).

De este modo, por simplificar, puede afirmarse que la jurisprudencia acoge una interpretación *literalista* de lo previsto por el artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores para explicar que mal podrían existir «salarios dejados de percibir» cuando el interesado sí los ha obtenido, aunque sea a costa de empleador distinto, y llega a la conclusión de que los salarios de tramitación son sustancialmente iguales en despidos nulos e improcedentes. La parificación del modo en que haya de resolverse el problema posee fundamentalmente una doble razón argumental:

- a) Si el legislador (art. 55 del ET) no matiza respecto de la hipótesis en estudio se debe a un deseo de evitar reiteraciones, pero no al deseo de conferir un diverso régimen jurídico en los casos de despidos improcedentes y nulos.
- b) Además, de este modo se destierra el enriquecimiento injusto consistente en que el trabajador, por un mismo período pudiere obtener dos retribuciones; si ya se cobra carece de finalidad la indemnización de referencia (22).

(19) Tal previsión aparecía recogida en el artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores en su versión de 1980, habiéndose reproducido por el artículo 55.6 tras las modificaciones operadas por Ley 11/1994, de 19 de mayo. Esta construcción legal (descuento de los salarios percibidos en otro empleo cuando se trata de despido improcedente, y silencio de tal cuestión si es calificado como nulo) se reproduce en las normas procesales (arts. 110.1 y 113.1 LPL).

(20) Una muestra de las contradictorias posiciones jurisprudenciales sobre el particular, en J. HERVÁS, «Doctrina jurisprudencial sobre el concepto y la naturaleza jurídica de los salarios de tramitación», *cit.*, pág. 149.

(21) SsTS de 2 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10050); 19 de mayo de 1994 (RJ 1994, 4284); 14 de marzo de 1995 (RJ 1995, 2010).

(22) M.^a Luz RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *Los salarios de tramitación*, Colección Jurisprudencia Práctica, Tecnos, Madrid 1992, pág. 28, se muestra partidaria del abono completo de tales salarios porque la intención del legislador es la de «remunerar una labor impedida por el empresario», además de que se estimula, de tal forma, al cumplimiento de la readmisión pues se obliga a retribuir cantidades sin obtener a cambio la correlativa prestación de servicios.

3.3. Valoración crítica.

En consecuencia cabe afirmar que, en definitiva, con apoyo en importantes y generales principios jurídicos (evitación del enriquecimiento injusto y de la dualidad de percepciones, aplicación de la misma solución a supuestos análogos) se consigue evitar una diferencia en el régimen de los salarios de tramitación, cuyo régimen jurídico no depende -merced al criterio jurisprudencial- de que el despido fuere calificable como improcedente o nulo (23).

Sin embargo, desde una posición crítica y más exigente para con las disposiciones de la propia ley podría pensarse que la diferente regulación obedecía al implícito deseo legislativo de que también en este punto despido improcedente y nulo tuviesen consecuencias diversas; además, tratándose de restricciones a los derechos del trabajador cuyo empresario ha actuado irregularmente, cabe pedir al legislador la exacta concreción de las mismas cada vez que sea preciso (24). Además, a la argumentación desenvuelta por la Sala Cuarta podría contraponerse lo siguiente:

- a) A los argumentos adversos a esta doctrina antes referidos ha de adicionarse el de que las consecuencias del despido nulo son incorporadas por el Estatuto de los Trabajadores a su articulado *antes* que las de los calificados como improcedentes; luego, en todo caso, lo que procedería, puestos a simplificar, es que se hubiese explicitado la deducción en el primer artículo (el 55) y no en el segundo (el 56); luego el raciocinio del Supremo se vuelve, aquí, en su contra: no puede presuponerse lo que aún no está dicho.
- b) Aunque el argumento del enriquecimiento injusto es convincente, lo cierto es que ni el trabajador aparece como causante de la situación, ni para la empresa es relevante lo que el mismo haga durante el lapso comprendido entre la fecha del despido y la de la sentencia. En ocasiones, incluso, se ha admitido que la empresa suministre ocupación al trabajador durante tal ínterin, estando sujeta a condición resolutoria esa especie de *prórroga* de un contrato que la empresa ya considera extinguido.

(23) Una defensa entusiasta de esta tesis, finalmente acogida por el Supremo, puede verse en J. GÁRATE CASTRO, *Los salarios de tramitación...*, *cit.*, págs. 271-274.

(24) En este sentido, y criticando la opción interpretativa en su día acogida por la STS de 13 de mayo de 1991 (RJ 1991, 3907), ahora confirmada con alcance unificador, L. E. DE LA VILLA GIL, «Los efectos del despido nulo», en AA.VV., *Estudios sobre el despido disciplinario*, ACARL, Madrid, 1992, pág. 589.

III. SUJETOS RESPONSABLES DEL PAGO

1. En casos de contratas o subcontratas.

1.1. Problema planteado.

El asunto que se suscita ahora posee una evidente importancia, tanto por los efectos generales que la interpretación normativa postulada alcanza cuanto por constituir una intersección relativa a los problemas sobre contratas y sobre salarios de tramitación. La duda es fácilmente resumible: ¿debe la empresa principal responder también solidariamente de los salarios de tramitación adeudados al trabajador despedido por la contratista?

El legislador dispone, con carácter general, que el empresario principal responde solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas con sus trabajadores durante el período de vigencia de la contrata (25).

Como se aprecia, la responsabilidad del empresario que decide solicitar el auxilio de otro para colaborar en su proceso productivo, asume una importante función garantista de los derechos que posean los trabajadores implicados en tal operación. Ahora bien, tal responsabilidad no se extiende a toda clase de obligaciones laborales, sino que se encuentra circunscrita a las de «naturaleza salarial»; de este modo, es claro que obligaciones inherentes al desviado ejercicio de la facultad patronal de imponer sanciones, como la readmisión o la indemnización, quedan fuera del ámbito aplicativo del precepto.

1.2. Solución postulada.

La respuesta al interrogante de referencia pende, en resumidas cuentas, de la naturaleza que se preconice respecto de los salarios de tramitación, cuestión polémica y a la que ya se ha atendido. Dicho queda que la doctrina recaída en unificación abraza la tesis favorable a su consideración como percepciones de naturaleza salarial, por lo que accede con sólido fundamento a la conclusión: no queda más remedio que conferirles el mismo régimen de responsabilidades empresariales que el que hubiere procedido respecto de los salarios efectivamente abonados.

(25) Conforme al artículo 42.2 del Estatuto de los Trabajadores (no afectado por las reformas de 1994) «el empresario principal [...] responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata con el límite de lo que le correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puestos de trabajo».

En definitiva, para la jurisprudencia de unificación la empresa principal responde solidariamente del pago de salarios de tramitación devengados durante el período de vigencia de la contrata (26).

1.3. Valoración crítica.

Corolario de cuanto antecede es la limitación temporal de tales salarios, de modo que el empresario principal responde solidariamente de su abono por referencia a los que corresponden a todo el tiempo de vigencia de la contrata. Es claro, entonces, que si el despido acaece cuando la contrata ya no está en vigor resultará imposible extender la responsabilidad del empresario principal a estos supuestos; «el comitente sólo responde por los salarios de tramitación devengados hasta la fecha de terminación normal de la obra o encargo o, en su caso, hasta la conclusión anticipada y justificada» (27).

2. Traslación de la responsabilidad al Estado.

2.1. Supuestos en que procede.

La reclamación al Estado por los salarios de tramitación devengados en juicio por despido comprendía dos supuestos distintos, contemplados en el artículo 56.5 del originario Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 116 de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990, a saber:

- 1.º Cuando la sentencia del Juzgado o Tribunal que declare por primera vez la improcedencia del despido se dicte transcurridos más de sesenta días hábiles desde la fecha en que se tuvo por presentada la demanda (28).

(26) STS de 7 de julio de 1994 (RJ 1994, 6351).

(27) J. GÁRATE CASTRO. *Los salarios de tramitación...*, cit., pág. 347, donde explica que en caso de ruptura anticipada y unilateral por el comitente «es preciso que el mismo acredite la existencia y suficiencia de la causa justificativa de su proceder, de modo que, de faltar esa acreditación, la responsabilidad solidaria de aquél alcanzaría a las deudas generadas hasta la que hubiera sido fecha de terminación normal del encargo, cerrándose con ello una posibilidad de burlar fácilmente la finalidad perseguida por el artículo 42.2 ET».

(28) Conforme al artículo 116.1 de la Ley de Procedimiento Laboral «si desde la fecha en que se tuvo por presentada la demanda por despido hasta la sentencia del Juzgado o Tribunal que por primera vez declare su improcedencia, hubiesen transcurrido más de sesenta días hábiles, el empresario, una vez firme la sentencia, podrá reclamar al Estado los salarios pagados al trabajador que excedan de dicho plazo». A este supuesto se refieren los apartados a) y b) del Real Decreto 924/1982, de 17 de abril, sobre reclamaciones al Estado por salarios de tramitación en juicios por despido.

Las razones por las que la posibilidad no se extiende a los supuestos de nulidad del despido son claras y comúnmente consideradas razonables; por todos, A. MONTOYA, J. GALIANA, A. V. SEMPERE y B. RÍOS, *Curso de Procedimiento Laboral*, 4.ª edición, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 114.

- 2.º Cuando el recurso de suplicación interpuesto por la empresa fuere estimado y se cumplieren determinados requisitos (29).

Por consiguiente, para que el empresario, conforme a la legalidad rituaría anterior, pudiera exigir al Estado el reintegro de los salarios abonados al trabajador durante el recurso de suplicación por él interpuesto, se precisaba una declaración de improcedencia del despido en la instancia, haber optado por la indemnización, y declinar la utilización de los servicios del trabajador (30).

A la vista de los anteriores datos, para el Supremo, la reclamación al Estado de los salarios abonados durante el recurso sólo procede en los supuestos de declaración de improcedencia del despido en la instancia, siempre que el empresario hubiera optado por la indemnización (31). No cabía, pues, reclamación en los supuestos de despido declarado nulo (32), ni en los de despido declarado improcedente con opción por la readmisión, o por la indemnización con requerimiento al trabajador de prestación de servicios.

Se iniciaba este breve comentario con la implícita advertencia de que de los dos supuestos descritos de reclamación de salarios de trámite al Estado, sólo uno de ellos pervive en la actualidad: el regulado en el artículo 57 del vigente Estatuto de los Trabajadores de 1995, en relación con el artículo 116.1 de la Ley de Procedimiento Laboral de 1995, por los salarios correspondientes al período que exceda de sesenta días hábiles a contar desde la presentación de la demanda y la fecha de la sentencia que califique el despido como improcedente. La Ley 11/1994 suprimió la posibilidad de ejecución provisional de las sentencias que declarasen improcedente el despido con opción empresarial en favor de la indemnización, admitiendo ahora únicamente el artículo 295 del nuevo Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral de 1995 la ejecución provisional de las sentencias

(29) Conforme al artículo 116.3 de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 «podrá el empresario reclamar los salarios abonados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 295 de esta Ley cuando, habiéndose optado por la indemnización y siendo él mismo parte recurrente, la sentencia del Tribunal Superior anule la recurrida o declare la procedencia o inexistencia del despido, siempre que no se hubieran utilizado los servicios del trabajador y se hubieran aquéllos abonado puntualmente y con los requisitos legales». En términos similares se pronuncia el apartado c) del Real Decreto 924/1982, de 17 de abril, ya citado.

(30) Recuérdese que conforme al artículo 295.1 de la Ley de Procedimiento Laboral cuando se hubiere declarado la nulidad o improcedencia «y el empresario interponga alguno de los recursos autorizados por la Ley, éste vendrá obligado, mientras dure la tramitación del recurso, a satisfacer al recurrido la misma retribución que viniere percibiendo con anterioridad a producirse aquellos hechos, y continuará el trabajador prestando sus servicios, a menos que el empresario prefiera hacer el abono aludido sin compensación alguna».

(31) SsTS de 13 de octubre de 1995 (RJ 1995, 7747); 12 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9305).

(32) Llamando la atención sobre este dato y reflexionando, críticamente, sobre los fundamentos de la limitación a la responsabilidad empresarial, A. BAYLOS GRAU, J. CRUZ VILLALÓN y M.ª F. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, 2.ª edición, Trotta, Madrid, 1995, pág. 334.

que contengan un pronunciamiento de nulidad o improcedencia del despido con opción empresarial en favor de la readmisión. Ello explica la desaparición en el vigente artículo 116 de la Ley de Procedimiento Laboral de su anterior número 3 y la eliminación *ad futurum*, como se anticipó, del segundo supuesto de reintegro de salarios de sustanciación *supra* examinado y de la doctrina recaída a propósito del mismo.

2.2. Plazo para exigirlos.

2.2.1. Problema suscitado.

Según ha quedado reiteradamente expuesto, el Estatuto de los Trabajadores dispone que cuando hayan transcurrido más de sesenta días desde que se presentó la demanda hasta que recaiga sentencia que declare el despido improcedente los salarios de tramitación de tal exceso serán satisfechos por el Estado, y no por el empresario (33). La cuestión que ahora se plantea se refiere al plazo que haya de regir la eventual prescripción de las reclamaciones respecto de los salarios de sustanciación que corran por cuenta del Estado.

En principio, para dilucidar el plazo de que se disponga a la hora de reclamar por ese concepto podría pensarse en acudir al artículo 59.2 del Estatuto de los Trabajadores, donde se establece el plazo de un año para la reclamación de las cuantías económicas (34). Sin embargo, el artículo 2 del Real Decreto 924/1982, de 17 abril, sobre reclamaciones al Estado por salarios de tramitación en juicios por despido se refiere a uno más breve de «treinta días hábiles desde la firmeza de la sentencia».

(33) El primitivo artículo 56.5 del Estatuto de los Trabajadores fue ligeramente retocado y su contenido reubicado, de manera que tras las reformas de 1994, el artículo 57.1 del Estatuto de los Trabajadores de 1995 dispone que «cuando la sentencia que declare la improcedencia del despido se dicte transcurridos más de sesenta días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda, el empresario podrá reclamar del Estado el abono de la percepción económica a que se refiere el párrafo b) del apartado 1 del artículo 56 satisfecha al trabajador correspondiente al tiempo que exceda de dichos sesenta días».

(34) Dispone el artículo 59.1 del Estatuto de los Trabajadores que «las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial prescribirán al año de su terminación», mientras que el número 2 del mismo artículo precisa que «si la acción se ejercita para exigir percepciones económicas [...] el plazo de un año se computará desde el día en que la acción pudiera ejercitarse».

2.2.2. Solución del Tribunal Supremo.

En coherencia con su preconizada naturaleza jurídica (salarial), pero también a partir de otros argumentos, ha accedido el Supremo a la conclusión de que el plazo para exigir los salarios de tramitación a satisfacer por el Estado es el general de un año previsto por el Estatuto de los Trabajadores (35). Veamos las líneas argumentales de tal interpretación, que se cimienta en un par de ideas bien elementales:

- Los salarios de tramitación son efecto reflejo del contrato de trabajo que se extingue y por consiguiente los plazos generales de la legislación laboral son los que deben aplicarse (36).
- La jerarquía normativa impide que una norma de carácter reglamentario establezca plazos de caducidad no previstos en la ley laboral.
- Por lo demás, la aplicación del plazo anual viene a coincidir con el previsto por el artículo 293.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial respecto del derecho a percibir indemnizaciones por anómalo funcionamiento de la Administración de Justicia (37).

2.2.3. Valoración de la jurisprudencia.

Como escolio breve a la expuesta doctrina ha de manifestarse que la misma casa bien con la naturaleza salarial que finalmente se ha preconizado respecto de los salarios de tramitación por el propio Tribunal Supremo, para el cual -según quedó expuesto- los salarios de tramitación poseen naturaleza salarial y no indemnizatoria (38). Los salarios de tramitación vienen a compensar una actividad laboral que si no es real y efectiva ha de considerarse como tiempo de trabajo (igual que, por ejemplo, las vacaciones); sólo una actuación antijurídica del propio empresario impide que se haya desplegado la actividad laboral en régimen de ajenidad y dependencia, de modo que tales percepciones no suponen sino una especie de *restitutio* o recomposición de los normales efectos del contrato de trabajo.

(35) SsTS de 2 abril de 1993 (RJ 1993, 3337); 19 de mayo de 1993 (RJ 1993, 4111); 23 (2) de julio de 1993 (RJ 1993, 5755 y 5758); 2 y 12 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 8918 y 8683).

(36) Dicho de otro modo, la solución depende de la naturaleza jurídica asignada a los salarios de tramitación.

(37) No puede desconocerse que, de forma inexplicable, la STS de 2 de abril de 1993 con que se inicia esta doctrina, en estudio, tras recoger los razonamientos ya glosados, y sin más fundamentación que la de invocar (en sentido opuesto al real) el informe del Ministerio Fiscal se inclina por el éxito del recurso, en un claro ejemplo de sentencia contradictoria puesto que los fundamentos jurídicos nada tienen que ver con el fallo.

(38) STS de 7 de julio de 1994 (RJ 1994, 6351), ya comentada en el inicio de este trabajo.

Y si las percepciones que se reclamen poseen naturaleza salarial, el plazo de prescripción congruente para determinar cuándo pueden reclamarse no es otro que el señalado para las deudas que posean tal cualidad, sin que la identidad del sujeto pagador o el tenor de normas reglamentarias puedan hacer variar lo querido al respecto por el legislador.

2.3. Legitimación para reclamarlos.

2.3.1. Problema suscitado.

El núcleo esencial de la presente cuestión consiste en saber si la regulación de la Ley de Procedimiento Laboral (de 1990) en materia de salarios de trámite obligaba al empresario a abonar todos los salarios de sustanciación, estando legitimado después para resarcirse del Estado por el exceso sobre los sesenta días que señalaba el artículo 56.5 del Estatuto de los Trabajadores de 1980 (actual art. 57.1 del nuevo Texto Refundido del ET), o bien, por el contrario, sólo está compelido a abonar los salarios hasta ese límite y es el trabajador quien aparece legitimado para reclamar la diferencia al Estado.

Como se aprecia, no se trata de discusión acerca de quién sea el sujeto obligado al pago; pre-suponiendo que se está en la parte cuyo coste ha de asumirse por el Estado, lo que se trata de dilucidar es si el empresario ha de satisfacer la deuda al trabajador que despidió injustamente, sin perjuicio de su ulterior compensación (*solve et repete*) o si, por el contrario, en solución más simple pero también engorrosa para el sujeto despedido, es el beneficiario de los salarios de trámite quien ha de dirigirse al Estado.

2.3.2. Evolución de la jurisprudencia unificada sobre el particular.

En un primer momento, parte el Tribunal Supremo con la afirmación de que el artículo 56.5 del Estatuto de los Trabajadores de 1980 es la expresión de la responsabilidad patrimonial del Estado que establece el artículo 121 de la Constitución Española para supuestos de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, que se concreta en que el proceso laboral por despido no puede durar más de sesenta días desde la presentación de la demanda hasta la fecha de la sentencia y, en caso de que se dilate más allá de dicho plazo, el Estado asumirá la responsabilidad de los salarios de trámite que excedan de aquel período de tiempo.

Formulada esta premisa general, razona el Tribunal Supremo que el desarrollo del artículo 56.5 del Estatuto de los Trabajadores de 1980 que llevó a cabo la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 no se ajustaba al mandato constitucional, toda vez que la indemnización a cargo del Estado

por los daños causados por anormal funcionamiento de la justicia, debe reconocerse a quien ha sufrido el perjuicio que, en un caso de despido declarado improcedente, es el empresario, ya que es éste el que está obligado a pagar los salarios de sustanciación según el artículo 56.1 b) del Estatuto de los Trabajadores de 1980. Es por ello que resulta inadecuado que la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 desplazara este daño sobre el trabajador y le concediera legitimación para reclamar el exceso al Estado pues en definitiva nunca debió sufrir el perjuicio, ya que el empresario tenía que cumplir lo dispuesto en el artículo 56.1 b) del Estatuto de los Trabajadores ya citado abonando todos los salarios, sin perjuicio del resarcimiento posterior.

En definitiva, entendía la Sala Cuarta que el empresario está obligado a pagar la totalidad de los salarios de trámite, sin perjuicio de su derecho a resarcirse del Estado en cuanto al exceso sobre los sesenta días hábiles transcurridos desde la presentación de la demanda hasta la fecha de la sentencia que declare la improcedencia del despido (39).

Sin embargo, en fechas bien recientes se ha corregido la anterior doctrina, en el sentido de que el trabajador está activamente legitimado para reclamar frente al Estado tales salarios (40). Y es que de manera expresa, la Sala Cuarta ha decidido abandonar el anterior criterio, entendiendo que el trabajador está activamente legitimado para reclamar del Estado los salarios que exceden de los sesenta días hábiles siguientes a la presentación de la demanda, aunque no medie declaración de la insolvencia empresarial.

Así pues, con arreglo a la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 se entiende que la titularidad última del derecho a percibir los salarios corresponde al trabajador y que no debe negársele la posibilidad de interesar su abono ante quien viene obligado a hacerlo por ministerio de la ley. Tal reclamación, se explica, no comporta perjuicio alguno para nadie, ni enriquecimiento injusto: su propio éxito favorece la efectividad de los derechos del trabajador.

2.3.3. Evolución normativa posterior.

A corregir la descrita situación legislativa -eliminando sus ambigüedades- vino la Ley de Procedimiento Laboral de 1995, estableciendo en su artículo 116 que la legitimación para el resarcimiento, una vez firme la sentencia, corresponde al empresario, dando por supuesto que se ha cumplido lo dispuesto en el artículo 56.5 del Estatuto y que, por tanto, es el empresario el que ha sufrido

(39) STS de 20 de julio de 1995 (RJ 1995, 6314).

(40) SsTS de 3 de junio de 1996 (RJ 1996, 4876); 4 de junio de 1996 (RJ 1996, 4884).

do la tardanza en la resolución del pleito, pudiendo exigir al Estado la *devolución de los salarios pagados* al trabajador que excedan de los primeros sesenta días hábiles a contar desde la presentación de la demanda (41); sin duda alguna, la norma atiende a que el empresario es responsable último de que hayan de abonarse tales salarios, por más que se le exonere del exceso por la tardanza en resolverse el pleito (42).

Sólo en caso de impago por insolvencia empresarial está autorizado el trabajador a reclamar directamente al Estado los salarios de trámite a partir del sexagésimo primer día (art. 116.2 de la LPL de 1990; *ídem* LPL de 1995). Interpretada a la luz de tales previsiones normativas, la limitación de salarios a que se refiere el artículo 110.1 de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 -actual art. 110.1 de la LPL de 1995-, consiste en que el exceso sobre los sesenta días serán por cuenta del Estado y que, por tanto, el empresario no será el responsable final de todo el período de tramitación pues, después de abonados los salarios puntualmente al trabajador, podrá resarcirse frente al Estado de los pagados en demasía sobre los sesenta días.

3. Altos cargos.

3.1. Problema planteado.

Se duda sobre la procedencia de satisfacer salarios de tramitación en los supuestos de extinciones contractuales sufridas por quienes vienen vinculados a una empresa mediante relación laboral de carácter especial como «altos cargos». El Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula tal relación, determina en su artículo 3.º («Fuentes y criterios reguladores») que las normas de la legislación laboral, incluido el Estatuto de los Trabajadores, sólo serán aplicables en los casos en que se produzca *remisión expresa* en el propio Real Decreto, o así se haga constar específicamente en el contrato.

Lo cierto es que la preceptiva remisión no existe a los efectos propios de la extinción del contrato por voluntad del empresario en ninguna de sus dos modalidades: el desistimiento y el despido. En el primero, la extinción tiene lugar a virtud de la comunicación por escrito, mediando un deter-

(41) Al respecto, por todos, *cf.* I. ALBIOL, C. ALFONSO, A. BLASCO y J. GOERLICH, *Derecho Procesal Laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 274.

(42) Sobre el tema J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, en AA. VV., *Diccionario Procesal Social*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 545.

minado plazo de preaviso, y previéndose a favor del alto directivo la indemnización que se haya fijado en el contrato o, a falta de pacto, la equivalente a siete días de salario por año de servicio con el límite de seis mensualidades (art. 11.1 del R.D.). En el caso de despido, la única remisión que efectúa el artículo 11.2 es a la forma y efectos establecidos en el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores, pero silenciando el concreto aspecto relativo a los salarios de tramitación. Parece lógico que la misma solución habrá de predicarse para el caso de despido nulo, ya que sus efectos se equiparan en el Real Decreto 1382/1985 a los de un despido improcedente.

3.2. Posición jurisprudencial.

Tras un inicial momento de confusión (43), coincidente con la promulgación del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, regulador de la relación laboral especial del personal de alta dirección, el Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina que está suficientemente consolidada (44) en el sentido de negar el derecho del trabajador de alta dirección despedido improcedentemente a los salarios de trámite, y que ahora se confirma por medio de este recurso extraordinario (45).

A la postre, la omisión de toda referencia a los salarios de tramitación en el Real Decreto 1382/1985 y su falta de remisión a la normativa general es considerado por el Tribunal Supremo como un silencio conscientemente querido por el texto legal, que impide su aplicación en los casos de desistimiento del empresario o de despido del personal de alta dirección, a salvo, claro está, su expresa previsión contractual (46). Así pues, no se deben salarios de tramitación por ministerio de la ley en los casos de desistimiento del empresario o despido del alto directivo, salvo que expresamente se hubieren pactado (47).

(43) Véanse SsTS de 20 de junio y 12 de julio de 1988 (RJ 1988, 5431 y 5799).

(44) SsTS de 9 de octubre, 27 de noviembre de 1989 (RJ 1989, 5137 y 8258), 12 y 26 de febrero, 15 y 20 de marzo, 5 de junio (RJ 1990, 894, 1230, 2084, 2187 y 5019), 30 de enero, 4, 16 de febrero y 6 de marzo de 1991 (RJ 1991, 195, 792, 1491 y 1832).

(45) STS de 12 de marzo de 1993 (RJ 1993, 2410).

(46) Sobre la problemática específica de los salarios de trámite en el contrato de alta dirección, puede consultarse, por todos, C. MARTÍNEZ MORENO, *La extinción del contrato de alta dirección*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, y bibliografía allí citada.

(47) En este sentido, M. ALONSO OLEA, «Extinción del contrato de alta dirección por voluntad del empresario», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, editorial Civitas, Madrid, 1996, pág. 5.057.

IV. EFECTOS REFLEJOS SOBRE LA EJECUCIÓN DEL DESPIDO

1. El impago de los salarios de trámite.

1.1. Exposición del problema.

La «readmisión» del trabajador a que la ley obliga en los casos de despido nulo (art. 55.6 del ET) y en algunos supuestos de despidos improcedentes (art. 56, núms. 1, 3 y 4) se dirige a borrar por completo los efectos perjudiciales que la injusta decisión patronal haya podido provocar; por tal razón, comporta no sólo la reanudación del trabajo prestado sino también el pago de los salarios que se hubieren devengado de no haber mediado la referida actuación empresarial. De aquí que, buscando esa singular *restitutio in integrum*, los más precisos preceptos procesales hablen de «readmisión en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido» (art. 110.1 de la LPL), de manera que cuando así no sucediera estaríamos ante una readmisión «irregular» [art. 277.1 c) de la LPL] y el Juzgado de lo Social, si así lo insta el trabajador, declara extinguida la relación laboral y condena al empresario a abonar determinadas indemnizaciones (art. 279.2 de la LPL).

Pues bien, lo que se duda, es si la falta de abono de los salarios de tramitación adeudados a causa del despido que desemboca en obligación de readmitir, generan o no una «irregularidad» capaz de entender que puede instarse el incidente procesal previsto en la Ley de Procedimiento Laboral para los supuestos de readmisión irregular.

1.2. Criterio jurisprudencial.

A la hora de determinar si la omisión del abono de los salarios de trámite basta para calificar como «irregular» la readmisión producida tras un despido declarado improcedente, se ha afirmado que el impago de los salarios de trámite no convierte en irregular la readmisión producida (48).

Aunque la Sala de lo Social del Tribunal Supremo no había mantenido un criterio uniforme sobre el tema, algún pronunciamiento anterior (49), que ahora se reitera con valor de jurisprudencia unificada, ha venido configurando como independientes, en los casos de declaración judicial de

(48) STS de 4 de febrero de 1995 (RJ 1995, 3734).

(49) Por ejemplo, puede verse la STS de 2 de noviembre de 1989 (RJ 1989, 7986).

improcedencia del despido, las condenas a readmitir o indemnizar (condena alternativa, a opción de la empresa, que *in casu* optó por la readmisión) y al pago de los salarios de trámite, por otro. La primera impone una obligación de hacer, y la segunda el pago de una determinada cantidad (50).

La autonomía de ambas obligaciones se advierte también en la previsión normativa de un distinto procedimiento para conseguir la efectividad de tales condenas: los artículos correspondientes (art. 275 y ss. de la LPL de 1990; art. 276 y ss. de la LPL de 1995) regulan el incidente por no readmisión o readmisión irregular del trabajador en la ejecución de sentencias firmes por despido, con resultados distintos según que el despido fuera declarado nulo o improcedente; en cambio, para reclamar el pago de los salarios de trámite habrá de estarse a las previsiones generales sobre ejecución dineraria (art. 245 y ss. de la LPL de 1990; art. 246 y ss. de la LPL de 1995).

1.3. Valoración de la doctrina.

La tendencia del ordenamiento a conservar el negocio jurídico que es el contrato de trabajo y el parecer mayoritario de la dogmática sobre la autonomía de las dos obligaciones de referencia [readmitir, abonar los salarios (51)], así como lo expeditivo que resultaría entender producido un despido cuando la empresa no manifiesta tal voluntad han sido las circunstancias que, seguramente, han propiciado que la mayoría de la doctrina acoja favorablemente el pronunciamiento jurisprudencial (52).

Por tanto, la readmisión habrá de considerarse regularmente producida -lo que excluye su sustitución por el pago de la indemnización correspondiente- cuando se hubiera restablecido el vínculo laboral en iguales condiciones que las que regían antes del episodio del despido injusto (53), sin que la declaración de regularidad de dicha readmisión pueda desvirtuarse por el hecho de no haber-

(50) A la vista de tal criterio ha podido afirmar P. CACHÓN VILLAR, en AA. VV. *Diccionario Procesal Social*, cit., pág. 133, que «no impide que la readmisión se estime regular el hecho del impago total o parcial de los salarios adeudados, pues ello supone el incumplimiento de otros aspectos de la sentencia objeto de ejecución, cuya efectividad ha de postularse, en su caso, conforme a las previsiones establecidas para la ejecución dineraria».

(51) M. ALONSO OLEA y C. MIÑAMBRES PUIG, *Derecho Procesal del Trabajo*, octava edición, Civitas, Madrid, 1995, pág. 428, lo expresan con rotundidad: «en realidad la ejecución consta de estos dos elementos claramente diferenciados».

(52) Al respecto, muy extensamente, por todos, M.^a C. ORTIZ LALLANA, *La ejecución de sentencias de despido*, ACARL, Madrid, 1995, pág. 153.

(53) Como explican A. MONTOYA, J. GALIANA, A. V. SEMPERE y B. RÍOS, *Curso de Procedimiento Laboral*, cit., pág. 335, «el impago de salarios de trámite, que en anterior jurisprudencia implicaba irregularidad en la readmisión, es acontecimiento que hoy ha perdido tal significado, y sólo puede fundamentar, sea una reclamación directa de los mismos, sea una demanda de extinción ex artículo 50 ET».

se satisfecho los salarios de trámite, los cuales pueden y deben hacerse efectivos, cuando voluntaria y tempestivamente no se abonaran por la empresa, instando su ejecución por el cauce general de actuación de las obligaciones dinerarias (54). Tratándose de dos obligaciones distintas, la regularidad se circunscribe a la forma en que ha de ejecutarse la reincorporación, la cual no condiciona ni resulta condicionada por el cumplimiento de la obligación de abono de las remuneraciones que hayan dejado de percibirse (55).

2. Devolución de los percibidos en ejecución provisional.

Una última cuestión, aunque de interés ya relativo, dado que la legislación actual descarta la concurrencia del supuesto de hecho que la propicia, surge cuando concurren las siguientes circunstancias:

- 1.^a La sentencia de instancia declaró nulo el despido del trabajador.
- 2.^a Recurrida aquélla por la empresa, y pese a lo ordenado por el artículo 295 de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990, el trabajador no percibió durante la tramitación del recurso la retribución que le correspondía, ni fue reincorporado a sus servicios.
- 3.^a Posteriormente, la sentencia de suplicación declaró la incompetencia *ratione materiae* del orden jurisdiccional social y anuló el acuerdo de ejecución provisional de la sentencia recurrida.

La Sala entiende que «el hecho de que el empresario incumpliera su obligación de abono puntual no varía la situación y sigue obligado al pago a pesar de que la sentencia del Tribunal Superior niegue la competencia del Juzgado de lo Social y la naturaleza laboral de la relación, pues eso supondría premiar la conducta antijurídica del demandado que incumplió la obligación que la ley le imponía». También invoca los argumentos esgrimidos, para un caso semejante, por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 234/1992, de 14 diciembre, según la cual «el derecho que reconoce el artículo 227 a la ejecución provisional de la sentencia

(54) A la sentencia acompaña un voto particular emitido por el Magistrado Juan Antonio Linares Lorente, estimando que el incidente de no readmisión por readmisión irregular pretende tutelar, no sólo la reincorporación del despido a su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían antes de la fecha del cese, sino, en general, el restablecimiento de la relación laboral mediante el cumplimiento de las dos obligaciones -readmisión y abono de los salarios de trámite- que impone la sentencia.

(55) *Vid.* en la doctrina científica, acogiendo esta solución, M. L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *El incidente de no readmisión*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989, págs. 205 y 206.

favorable tiene su origen en la propia norma legal, lo cual significa que esa ejecución tiene el carácter de procedimiento autónomo, que no puede verse afectado por el resultado que se obtenga en el recurso de casación promovido por la empresa, de forma tal que el derecho a los salarios de subsistencia que confiere tal artículo es inmune a la sentencia de casación que, en su caso, revoque la recurrida» (Fundamento Jurídico 2).

Así lo dispone el artículo 298 de la Ley Procesal Laboral al declarar que: «Si la sentencia favorable al trabajador fuere revocada en todo o en parte, éste no vendrá obligado al reintegro de los salarios percibidos durante el período de ejecución provisional y conservará el derecho de que se le abonen los devengados durante la tramitación del recurso y que no hubiere aún percibido en la fecha de firmeza de la sentencia».

En conclusión, la efectividad de la ejecución provisional no está condicionada al resultado favorable o adverso del recurso (56). Cuando la norma rituaría impone una obligación, su incumplimiento no queda convalidado por el posterior triunfo del recurso interpuesto frente a la sentencia de instancia.

(56) SsTS de 17 de julio de 1993 (RJ 1995, 8044); 6 de octubre de 1995 (RJ 1995, 7201).