

JUAN JOSÉ NAVARRO FAJARDO

Magistrado de lo Social

Sumario:

- I. Concepto.

- II. Solicitud y efectos de la ejecución provisional.
 - 1. Plazo para instar la ejecución provisional.
 - 2. Forma de la solicitud de la ejecución provisional.
 - 3. Contenido de la solicitud de ejecución provisional.

- III. Presupuestos para que proceda la ejecución provisional de la sentencia.
- IV. Efectos de la sentencia que resuelve el recurso.
- V. Anticipos reintegrables a cuenta de la sentencia de despido (art. 287 y ss. de la Ley de Procedimiento Laboral).
- VI. Cambio de la opción de indemnización por readmisión cuando la sentencia que resuelve el recurso aumenta o disminuye la indemnización.

I. CONCEPTO

Puede definirse la ejecución provisional como aquella actividad procesal que pretende obtener en todo o en parte del obligado por una sentencia, todavía no firme, aquella conducta o actividad exigida por el fallo o los pronunciamientos de aquélla.

Mientras nuestro ordenamiento procesal civil ha sido en general muy restrictivo en orden a la concesión de la ejecución provisional de sentencias recurridas y adoptando siempre todas las garantías posibles para el supuesto de revocación total o parcial de la sentencia objeto de ejecución provisional, nuestras leyes procesales laborales han admitido tradicionalmente con gran amplitud la posibilidad de ejecutar provisionalmente las sentencias favorables al trabajador, fundándose sus normas en la necesidad o conveniencia de proporcionar al trabajador los medios de subsistencia que la sentencia le reconoce durante la situación de interinidad que se abre tras ser admitido el recurso contra aquélla.

El vigente Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, prevé cuatro supuestos de ejecución provisional: el de las sentencias condenatorias al pago de cantidades; en materia de Seguridad Social; despidos; y finalmente de

las sentencias que recaigan en los procesos de conflictos colectivos, en los de impugnación de los convenios colectivos y en los de tutela de derechos fundamentales, estableciendo el artículo 301 que las sentencias dictadas en los procesos de este último grupo serán ejecutivas desde que se dicten, no obstante el recurso que contra ellas pudiera interponerse.

En el supuesto de los despidos, y para el caso de que el trabajador -por iniciativa suya o del empresario- deba continuar prestando servicios al mismo durante la tramitación del recurso, se persigue fundamentalmente garantizar que el trabajador perciba íntegra y puntualmente la misma retribución que percibía o debía percibir con anterioridad al despido.

II. SOLICITUD Y EFECTOS DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL

La solicitud de ejecución provisional de la sentencia de despido puede presentarse indistintamente por el trabajador o por el empresario, aunque normalmente procederá de aquél; si bien, como veremos más adelante, es en el fondo el empresario el más interesado en solicitar la ejecución provisional de la sentencia por recaer sobre el mismo el riesgo de la presentación de su solicitud tardía por parte del trabajador.

1. Plazo para instar la ejecución provisional.

Se trata de una facultad no sometida a plazo alguno y paradójicamente, es una facultad que sobrevive a la provisionalidad propia de la sentencia que le sirve de título, pues si ésta fuese revocada en todo o en parte (art. 298) el trabajador conservará el derecho a que se le abonen los salarios devengados durante la tramitación del recurso y que no hubiere aún percibido en la fecha de firmeza de la sentencia. El Tribunal Constitucional, en Sentencia 234/1991, de 14 de diciembre, seguida por otra de 11 de abril de 1994, ha declarado que la ejecución provisional de las sentencias de despido «tiene el carácter de procedimiento autónomo, que no puede verse afectado por el resultado que se obtenga en el recurso», de forma que el derecho a los salarios derivados de dicha ejecución provisional es «inmune» a la sentencia que, en su caso, revoque la sentencia recurrida.

2. Forma de la solicitud de la ejecución provisional.

Puede hacerse por escrito o por simple comparecencia ante el Juzgado (art. 296).

3. Contenido de la solicitud de ejecución provisional.

Es preciso distinguir. Si la solicitud procede del trabajador, tendrá normalmente por objeto o contenido esencial la reclamación de la misma retribución periódica que recibía antes del despido; aunque tampoco son descartables otros contenidos posibles, no expresamente previstos por la Ley de Procedimiento Laboral. Estoy pensando, concretamente, en la posibilidad de que el trabajador -que viene obligado a prestar provisionalmente sus servicios a requerimiento del empresario- solicite que se revise judicialmente las condiciones en que el empresario le impone esa prestación (por ejemplo: por someterlo a un trato vejatorio, que bien puede consistir en no proporcionar al trabajador ocupación efectiva o en asignarle sistemáticamente tareas de inferior categoría).

En estos supuestos, el Magistrado, tras oír a ambas partes y valorar las pruebas practicadas al efecto, debe decidir si la «readmisión provisional» del trabajador ha sido o no irregular y, en caso afirmativo, la solución que parece más adecuada es la de salvaguardar a la persona del trabajador frente al abuso, liberándolo si es preciso de su obligación de continuar prestando servicios, sin merma de su retribución y demás derechos, tales como el mantenimiento del alta en la Seguridad Social o los derechos de carácter colectivo o sindical.

Por parte del empresario, su solicitud de ejecución tendrá por objeto exigir al trabajador su continuidad en la prestación de sus servicios, obligación que si es incumplida producirá, del mismo modo, la consecuencia de liberar al empresario de su obligación de abonar la contraprestación salarial correspondiente. Así lo establece el artículo 297 al señalar que el incumplimiento injustificado por parte del trabajador de requerimiento empresarial de la reanudación de la prestación de servicios, acarreará la pérdida definitiva de los salarios correspondientes al período indicado.

Quizá sea éste el momento de señalar que una de las incidencias más notables, y que frecuentemente pueden sobrevenir en el curso de esta ejecución provisional, es la derivada de la posibilidad de que, por hechos producidos durante ella, el empresario proceda a despedir nuevamente al trabajador. La consecuencia de este hecho nuevo es que interrumpe o suspende la ejecución provisional de la primera sentencia de despido, al menos hasta que se resuelva sobre la procedencia o improcedencia del segundo. En el primer supuesto -procedencia del segundo despido- la relación laboral entre partes queda definitivamente extinguida desde su fecha. En el supuesto de que se declare la improcedencia -o la nulidad- del segundo despido, la ejecución provisional de la primera sentencia proseguirá hasta que alcance su firmeza.

III. PRESUPUESTOS PARA QUE PROCEDA LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA SENTENCIA

Tres son los presupuestos para que pueda solicitarse y concederse la ejecución provisional de la sentencia de despido.

- 1.º La existencia de una sentencia definitiva de despido que no sea firme por estar o haber sido recurrida.
- 2.º Que la sentencia declare la nulidad o la improcedencia del despido.
- 3.º Que para el supuesto de que la sentencia declare la improcedencia del despido, el empresario no haya optado -cuando pueda hacerlo- por indemnizar al trabajador sea cual sea la suerte del recurso interpuesto contra la sentencia.

En efecto, con anterioridad a la reforma laboral operada por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, una de las circunstancias que hacían más onerosa la decisión del empresario de recurrir la sentencia que declaraba la improcedencia del despido era que venía obligado -en todo caso- al pago de los salarios durante la tramitación del recurso. La reforma laboral operada por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, introdujo la posibilidad, que se mantiene en el vigente Texto Refundido, de que el empresario, optando por la obligación alternativa de indemnizar, quedase liberado del abono de los salarios de tramitación durante el recurso.

Así, cuando el empresario hubiese optado por la indemnización, «tanto en el supuesto de que el recurso fuere interpuesto por éste como por el trabajador, no procederá la ejecución provisional de la sentencia, si bien durante la tramitación del recurso el trabajador se considerará en situación legal de desempleo involuntario» [art. 111.1 b)].

Cuando el empresario, o el trabajador -si tal es su derecho por ser representante legal o sindical de los trabajadores- opten por la readmisión, así como cuando el despido haya sido declarado nulo, el empresario vendrá obligado, mientras dure la tramitación del recurso, a satisfacer al trabajador el salario declarado en la sentencia, a menos que prefiera hacer el abono aludido sin contraprestación alguna (art. 295.1).

IV. EFECTOS DE LA SENTENCIA QUE RESUELVE EL RECURSO

Esencialmente, son dos los supuestos que cabe contemplar: el de la sentencia confirmatoria y el de la sentencia revocatoria.

Si la sentencia que resuelve el recurso confirma la declaración de improcedencia del despido -como si la agrava, declarando su nulidad- los efectos de la ejecución provisional se consolidan y se consideran como ejecución parcial de la ejecución definitiva.

La revocación de la sentencia no produce, en principio, la consecuencia de anular los efectos de la ejecución provisional de la sentencia recurrida que declaró la improcedencia o la nulidad del despido, pues el artículo 298, siguiendo un criterio jurisprudencial consolidado, establece 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 a que se le abonen los devengados durante la tramitación del recurso y que no hubiere aún percibido en la fecha de la firmeza de la sentencia».

Cabe preguntarse, por último, sobre la situación en que se encuentra el vínculo laboral originario mientras se halla pendiente el recurso contra la sentencia que declaró la nulidad o la improcedencia del despido y en este último caso el empresario o el trabajador hubieren optado por la readmisión.

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1996, en su fundamento jurídico sexto, atribuye a la sentencia de despido un carácter meramente declarativo, lo que equivale a entender que la relación laboral quedaría extinguida desde que el empresario procedió a resolverla unilateralmente a través del despido, y que sólo, tras la firmeza de la sentencia que declara la nulidad o improcedencia de aquél -en este caso, con opción por la readmisión- podría estimarse que se produce el restablecimiento *ex tunc* del vínculo laboral originario, es decir, con efectos retroactivos.

Por consiguiente, ha de estimarse que los servicios que se prestan y los salarios que se abonan durante la ejecución provisional de la sentencia de despido no tiene como título o causa el contrato de trabajo suscrito entre el trabajador y el empresario, sino única y exclusivamente la sentencia de la que trae causa la ejecución provisional, según se desprende, asimismo, del criterio expresado por el Tribunal Constitucional acerca del carácter autónomo que ha de atribuirse al procedimiento de ejecución provisional del despido.

Por el contrario si la sentencia que resuelve el recurso revoca la sentencia objeto de ejecución provisional y declara la procedencia del despido, queda convalidada *ex tunc* la decisión extintiva del empresario. Situación similar se produce en el supuesto de que aquella sentencia dictada en suplicación o casación desestime la demanda y contenga otros pronunciamientos en virtud de los cuales se considere extinguida la relación laboral desde la fecha en que dejaron de prestarse los servicios, por ejemplo, por desistimiento del trabajador, mutuo disenso, terminación de contrato o por cualquiera de las otras causas contempladas en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores.

V. ANTICIPOS REINTEGRABLES A CUENTA DE LA SENTENCIA DE DESPIDO (ART. 287 Y SS. DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL)

El artículo 3.º de la Ley de 10 de noviembre de 1942, establecía que «en los demás juicios (excluidos los de despido que tenían a estos efectos un régimen especial, similar al actual) que se tramiten en las Magistraturas de Trabajo en que el trabajador haya obtenido sentencia favorable y ésta haya sido recurrida por el empresario, aquél podía solicitar un anticipo de lo concedido en aquella sentencia, siempre que esté en paro forzoso o tenga necesidades imperiosas que atender, cuyas circunstancias serán aplicadas en cada caso por el Magistrado de Trabajo».

Con el fin de dar cumplimiento a lo prevenido, la misma ley ordenó la creación de un «Fondo especial de anticipos reintegrables» con cargo al cual se abonaban los anticipos solicitados por el trabajador, que podían llegar hasta el 80 por 100 de la cantidad concedida en la sentencia, con un tope máximo, que entonces se fijó en 3.000 pesetas.

La disposición adicional cuarta de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores dispuso que los anticipos reintegrables sobre sentencias recurridas, establecidos en la Ley de 10 de noviembre de 1942, podían alcanzar hasta el 50 por 100 del importe de la cantidad reconocida en la sentencia favorable al trabajador.

En el vigente Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral desaparece finalmente la vieja terminología de anticipos reintegrables, pero se conserva lo esencial de su regulación, al referirse a la ejecución provisional «De las sentencias condenatorias al pago de cantidades», estableciendo, en el artículo 287, que el anticipo alcanzará hasta un máximo de el 50 por 100 de la cantidad reconocida en la sentencia, con un tope anual del doble del salario mínimo interprofesional vigente durante su devengo.

El artículo 299 -incluido en el capítulo dedicado a la ejecución provisional de las sentencias de despido-, y de aquí que sea pertinente ahora analizar el régimen de estos anticipos, establece que en los casos en que no proceda la aplicación de las normas de ejecución provisional establecidas en este Capítulo, si concurren los presupuestos necesarios, podrán concederse anticipos reintegrables, en los términos establecidos en esta ley, cuando la sentencia recurrida declare la nulidad o improcedencia del despido o de las decisiones extintivas del empresario.

Cabe preguntarse ¿cuáles son los supuestos de ejecución provisional de las sentencias de despido excluidas de la aplicación de sus normas particulares o específicas? Sin duda son aquellas no incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 295, es decir, aquellas en que, recurrida la sentencia por el empresario, hubiere optado al propio tiempo por la indemnización y no por la readmisión, supuesto este último de aplicación de las normas que prevén que el empresario continuará provisionalmente abonando salarios y el trabajador prestando servicios, en su caso.

Cuando el empresario -o el trabajador cuando éste sea su derecho- hubieren optado por el abono de la indemnización fijada en la sentencia de despido, el trabajador podrá solicitar del órgano judicial la concesión de un anticipo reintegrable con cargo, en su caso, a la consignación que el empresario hubiera debido efectuar para recurrir la sentencia. De no haber sido preciso consignar para recurrir, el anticipo se abonará al trabajador directamente por el Estado (art. 288).

VI. CAMBIO DE LA OPCIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR READMISIÓN CUANDO LA SENTENCIA QUE RESUELVE EL RECURSO AUMENTA O DISMINUYE LA INDEMNIZACIÓN

Cuando la sentencia que declarase la improcedencia del despido fuese recurrida, tanto por el empresario como por el trabajador, cuando la opción del empresario hubiera sido por la indemnización y la sentencia que resuelve el recurso elevase la cuantía de esta indemnización, el empresario, dentro de los cinco días siguientes al de su notificación, podrá cambiar el sentido de su opción y, en tal supuesto, la readmisión retrotraerá sus efectos económicos a la fecha en que tuvo lugar la primera elección, deduciéndose de las cantidades que por tal concepto se abonen, las que, en su caso, hubiere percibido el trabajador en concepto de prestación por desempleo. La citada cantidad, así como la correspondiente a la aportación empresarial a la Seguridad Social por dicho trabajador, habrá de ser ingresada por el empresario en la Entidad Gestora.

Se produce, por consiguiente, una revocación o anulación de la situación de desempleo en que estuvo el trabajador durante la pendencia del recurso, por lo que «a efectos del reconocimiento de un futuro derecho a la protección por desempleo» el citado período «se considerará de ocupación cotizada».

Cualquiera que sea el sentido de la opción ejercitada, ésta se tendrá por no hecha si el Tribunal Superior, al resolver el recurso, declarase nulo el despido. Cuando se confirme la sentencia recurrida, el sentido de la opción no podrá ser alterado (art. 112 de la LPL).