

JESÚS GONZÁLEZ VELASCO

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Magistrado

PAZ VIVES USANO

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Centro Universitario Luis Vives. CEU

(Comentario a la STS, Sala de lo Social, de 21 de octubre de 2004, rec. núm. 4966/2002) *

Antigüedad. En caso de despido improcedente sin readmisión, no se computa como tiempo de antigüedad el que medió entre la fecha del despido y la de la sentencia que declaró su improcedencia.

El supuesto a que responde la sentencia del Tribunal Supremo (STS) que se pasa a comentar se concreta en la pretensión de quienes fueron trabajadoras de la Junta de Andalucía de que el tiempo transcurrido desde el día en que fueron despedidas hasta la fecha de la sentencia que declaró la improcedencia de los despidos sea computado como de servicios prestados, justificando su petición en razón a la participación futura de las actoras en los concursos convocados por la Administración autonómica.

1. EL DESPIDO, TODO DESPIDO, ¿EXTINGUE PER SE, INEXORABLE E INCONDICIONALMENTE, EL CONTRATO DE TRABAJO?

En la STS de 21 de octubre de 2004 se dice que el despido extingue el contrato de trabajo, al margen de la calificación que merezca, con la única excepción del caso del despido nulo o improcedente con readmisión.

Una primera impresión diáfana se encuentra en el **artículo 209.4 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), en el que se dice que la decisión empresarial de extinguir la relación laboral se entiende por sí misma «como causa de situación legal de desempleo»,** y se añade [art. 209.5 a) de la LGSS] que se **comenzará a percibir las prestaciones por desempleo desde la fecha del cese efectivo en el trabajo.**

* Véase el texto íntegro de esta Sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación, Jurisprudencia)*. CEF. Núm. 264, marzo 2005.

Se trata de reformas en el texto legal aportadas por el Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, y la Ley 45/2002, de 12 de diciembre.

No obstante eso, en el sistema del Ordenamiento Jurídico se entrecruzan otras disposiciones un tanto contrapuestas con lo que se acaba de expresar.

En efecto, en dichas disposiciones parece que de lo que se trata es de referenciar una fecha subsidiaria para el percibo de la prestación por desempleo, en caso de que no se tenga derecho a percibir salarios de tramitación, como puede verse, por todos, en el artículo 209.4 *in fine*, o 209.5 a).3 de la LGSS.

Antecedente inmediato de la Ley 45/2002 es, como se ha dicho, el **Real Decreto-Ley 5/2002**, en el que, entre otros extremos, se dio nueva redacción al artículo 56.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), en el que se dijo que cuando el despido fuera declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podría optar entre la readmisión del trabajador o «la extinción del contrato con abono de una indemnización. El **abono de la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo**, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo».

Se ha de señalar que si pudiera subsanar alguna duda el sistema interpretativo de los antecedentes legislativos, habría de estimarse que la *voluntas legis* de la reforma laboral estatutaria de 2002 expresa nítidamente que es el abono de la indemnización lo que produce la extinción del contrato, sin perjuicio de la ficción afirmada expresiva de que, para tal caso, el efecto se retrotraerá a la fecha del cese efectivo en el trabajo.

Es un tanto problemática la interpretación literal de la disposición citada, según la cual la extinción del contrato de trabajo se produce en el momento de decidir el empresario el despido del trabajador, inexorablemente, incondicionalmente, dado que luego, o sea, después de dicha extinción contractual, va a ser posible que el empresario elija entre readmitir o indemnizar, o pueda hacerlo el trabajador. Y lo mismo ocurre si se piensa que esa elección puede ser favorable a la readmisión (recuérdese que es la opción presunta de la Ley del ET), con la consiguiente obligación de pagar los salarios debidos desde la fecha del despido, y cotizar socialmente por ellos a la Tesorería General de la Seguridad Social. A incrementar esta duda viene la disposición de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) [art. 280.1 a)] según la cual la elección por la readmisión tiene que cumplirse *in natura*. Y del mismo modo ha de cumplirse la obligación de readmitir que deriva del despido nulo [art. 280.1 b) de la LPL]. Tan fuerte es esta voluntad de no permitir la extinción del contrato de trabajo por el despido del empresario que, a veces, llega el momento en que se le ordenará judicialmente «proceder a la reposición» del trabajador (art. 281.2 de la LPL), que no es lo mismo que proceder a su recontractación o recolocación.

La ejecución *in natura* y las consecuencias que de ella derivan no constituyen una mera interpretación literal de las disposiciones que se citan y de las que seguirán, antes bien es el sistema propio del procedimiento laboral, como se afirma en el artículo 239.1 de la LPL, de modo que las previsiones que se van a referenciar son precisas, coherentes y perfectamente inteligibles en el sistema legal.

Se ha de añadir que cuando la ejecución de readmisión ha de cumplirse *in natura*, se dice que el juez debe ordenar que el trabajador «**continúe percibiendo su salario**», que «**continúe en alta y con cotización** en la Seguridad Social» y que «**continúe desarrollando, en el seno de la empresa, las funciones y actividades propias de su cargo**» representativo [art. 282 a), b), y c) de la LPL].

Habría sido clara consecuencia del hecho extintivo previo, si se hubiera producido, que el legislador dijera que se «entendiera **recontratado**», que se «volviera a contratar», o algo similar, que implicara la inexorable obligación de reconstituir el contrato, previamente extinguido. Pero, en cambio, la LPL no acude a ese sistema, sino al de la tutela restitutoria propiamente dicha.

No parece conforme con la alegada automática extinción del contrato causada por el despido que, cuando el trabajador pide la **ejecución provisional** de la sentencia, en los casos del artículo 295.1 de la LPL, esto es, si se optó por la readmisión o se declaró nulo, no se limite el legislador a ofrecer un anticipo de parte de la indemnización, sino que se imponga al empresario la obligación de satisfacer la «**misma retribución que venía percibiendo con anterioridad**» y «**continuará el trabajador prestando servicios**», a menos que el empresario le libere de ese deber. No se trata de un mero modo de decir las cosas que no tenga mayor significado, pues, a continuación, se añade que **en estos casos se suspende el derecho a la prestación por desempleo** (295.4 de la LPL), con tal fortaleza imperativa que, **aunque la sentencia ejecutada provisionalmente fuera revocada, no se sustituirán los salarios percibidos por prestación por desempleo**, como ha ocurrido en otros casos [por ejemplo en los que se dicen en los arts. 209.5 a).2 y 209.5 b) de la LGSS], sino que se mantienen como tales salarios e, incluso, si no se hubiesen reclamado en todo o en parte, se ofrece al trabajador –ahora sí, cesado por el despido procedente–, que pida los salarios de ejecución provisional, aun después de la sentencia firme que le ha sido adversa (art. 298 de la LPL).

Es cierto que en la ejecución provisional se expresa uno de los efectos de la presunción *iuris tantum* que viene a atribuirse a la resolución judicial, que sigue a la presunción del mismo tipo que se asigna a la decisión del empresario de despedir al trabajador, con la desposesión del puesto de trabajo y demás consecuencias. No se ejecuta provisionalmente la sentencia por razón de las condiciones del contrato de trabajo o de las circunstancias de las partes, o de las cosas, sino por el mandato legal, que se condiciona a la existencia de una sentencia recurrida, favorable al demandante. Por eso se ha hablado de que la ejecución es o contiene un título autónomo y de que viene a ser una ejecución definitiva con título provisional. Todo ello no puede ser desarrollado ahora y aquí, pero sirve para preguntarse **por qué el legislador ordena que continúe una relación laboral, sea cual sea la validez de la sentencia dictada en instancia, sea cual sea el devenir, si ya al mismo tiempo –y previamente– hubiera dispuesto que el contrato se extinguía inexorable e incondicionalmente por la mera declaración de voluntad empresarial.**

Pero no quedan aún resueltas todas las dudas. En efecto, si se ha extinguido ya el contrato por el despido-declaración de voluntad, entonces **¿qué sentido tiene que el juzgador venga después, cuando dicta auto por no cumplir el empresario su compromiso de readmisión, a declarar «extinguida la relación laboral en la fecha de dicha resolución»?** (art. 279.2 de la LPL).

Se ha dicho en alguna sentencia que si bien el contrato se extinguió, se ha reconstituido procesalmente por la opción empresarial. Pero eso parece atribuir al empresario o al legislador la decisión

de reconstruir limitadamente, al margen de la necesaria exigencia del consentimiento de la otra persona afectada. Y en todo caso, parece una afirmación algo voluntarista, porque no se expresa cuál es la base legal para afirmar esa reconstrucción temporal del vínculo, si es que estaba ya extinguido.

En la misma línea se ha de preguntar el intérprete, si es que el despido extinguió, *per se*, el contrato de trabajo, ¿cómo es que puede el juzgador volver a declarar «extinguida la relación laboral en la fecha» en que se dicta el auto mediante el que se acredita la imposibilidad de readmitir al trabajador, por cese o cierre de la empresa obligada a readmitir (art. 284 de la LPL), con la inexorable obligación de pagar los «salarios dejados de percibir», además de la indemnización pertinente?

2. LA NO PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y LA PERMANENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO. LA INACTIVIDAD LABORAL NO PERJUDICA EL MANTENIMIENTO DE LA ANTIGÜEDAD

La STS de 21 de octubre de 2004 cita y acoge el criterio del Fiscal, según el cual, no se ha de estimar la pretensión actora porque en el período de tiempo que media entre el despido y la sentencia que lo declara improcedente, y en el que se perciben los salarios de tramitación, **no se prestan servicios y, por ello, no resulta posible su cómputo a efectos de la antigüedad.**

Pero se ha de ver que este mero argumento no es definitorio de la bondad o no de la solución, porque no dejan de existir **múltiples ocasiones en que no se prestan servicios laborales y el tiempo se computa a efectos de antigüedad.** Vayan, como ejemplo, los supuestos de inactividad por **días de domingo u otros festivos** (art. 37.1 y 2 de la Ley del ET), los días de **vacaciones** (art. 38.1 de la Ley del ET), los correspondientes a **permisos y licencias** (art. 37.3 de la Ley del ET), la excedencia forzosa, dure lo que dure (art. 46.1 de la Ley del ET), la excedencia para cuidado de hijos no mayores de 3 años, o de un familiar hasta el segundo grado de consaguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida (art. 46.3 y 5 de la Ley del ET).

En fin, **todos los supuestos de excedencia, incluso la voluntaria ordinaria, común o no causal, son «computables a efectos de antigüedad»**, como se dice en el artículo 46.3 y 5 de la Ley del ET, que no limita la consecuencia a los supuestos de excedencia a que se refiere el apartado 3, sino que se afirma de todos los supuestos de excedencia del artículo 46 de la Ley del ET.

3. LA OPCIÓN POR LA READMISIÓN ES UN *POSTERIUS*, NO UN *PRIUS*, EN LO RELATIVO A LA NO EXTINCIÓN DEL CONTRATO

Dice la STS que se comenta, de 21 de octubre de 2004, que tanto la doctrina científica como la jurisprudencia han coincidido en términos generales, en la **naturaleza extintiva de la resolución empresarial del despido, que lleva a determinar el carácter autónomo y constitutivo del acto mismo del despido que ni siquiera se desvirtúa en los casos de despido nulo.**

Se apoya tal afirmación en los artículos 49.11 [que equivale al 49.1 k), del texto de 1995] y 54.1 de la Ley del ET y en el artículo 3.º del Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), con cita de la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 3/1987, de 12 de marzo, que a su vez invoca la jurisprudencia consolidada del TS y la doctrina del Tribunal Central de Trabajo (TCT) en el sentido de que la relación laboral, a consecuencia del acto del despido, se encuentra rota y el restablecimiento del contrato sólo tendrá lugar cuando haya una readmisión y ésta sea regular.

De entrada se ha de decir que la referencia a los artículos estatutarios no ofrece base alguna a la postura que pretende que todo despido, incondicionalmente, extinga el contrato. Y ello porque el artículo 49.1 k) dice que extingue el contrato de trabajo el despido del trabajador, pero, como la propia STS añade, la cita se completa con la del artículo 54.1, según el cual el contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido **«basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador»**.

De esta cita legal, que surte efectos si es debidamente conectada o interrelacionada, se puede obtener la consecuencia de que lo que extingue el contrato es el despido que reciba el trabajador si se basa en previo incumplimiento grave y culpable. Pero la existencia de ese incumplimiento y la culpabilidad y gravedad tienen que decidirse en sede ajena al empresario y al trabajador, si éstos discrepan, y esa sede no puede ser otra que la de un acuerdo en mediación, en laudo arbitral, en conciliación prejudicial, o judicial, o en una sentencia firme.

El tema se plantea ahora cuando se acude al ámbito jurisdiccional. Pues bien, en este caso, sin forzar las disposiciones legales, no cabe que se interprete que el contrato se ha extinguido, mientras no se dicte sentencia firme y ésta declare la procedencia del despido, que entonces tiene meros efectos declarativos, no constitutivos. Erróneamente dice el artículo 109 de la LPL, que «se declarará convalidada la extinción del contrato», pues nada tiene la sentencia que convalidar ni añadir, ni puede dejar de declarar que, ahora sí, conforme al artículo 54.1 de la Ley del ET, el contrato se extinguió en la fecha del despido, porque fue legalmente producido y comunicado.

Añade la STS de 21 de octubre de 2004 que era doctrina del TCT, que acoge el TS y acepta el TC, que la **relación laboral, a consecuencia del acto del despido se encuentra rota y el restablecimiento del contrato sólo tendrá lugar cuando haya una readmisión y ésta sea regular**.

Debe considerarse que si el restablecimiento del contrato se puede producir por la readmisión, es que hasta la opción por ella, no se había extinguido y que si se elige la readmisión, pero no se cumple, el contrato está pendiente de cumplimiento, o sea, vigente.

Si se viene a afirmar que en caso de opción por la readmisión el contrato no se ha extinguido, al menos hasta ese momento, es que, al no conocerse previamente el sentido de la opción, todo con-

trato de trabajo, hasta que se opte en caso de declaración de despido improcedente, está vigente, porque no se puede restablecer algo que previamente se ha roto o extinguido, sino sólo lo que está vigente, latente, pero sin ejecución normal.

En fin, como restablecer es «**volver a establecer una cosa o ponerla en el estado que antes tenía**», según el diccionario de la Real Academia Española, es evidente que **si la voluntad de una sola persona puede poner el contrato de trabajo en vigencia, en el estado que antes tenía, es que no se ha extinguido, porque en caso contrario, haría falta de la voluntad constitutiva de ambas partes.**

La referencia al artículo 3.º del Convenio 158 de la OIT de 2 a 23 de junio de 1982, nada aporta, pues se limita a decir que los términos «terminación» y «terminación de la relación de trabajo» significan terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, porque no dice nada acerca del momento en que esa extinción haya de producirse. Es más, en el artículo 7.º del mismo Convenio se expresa que no se deberá dar por terminada la relación de trabajo, por motivos relacionados con la conducta o rendimiento, antes de que se le haya ofrecido al trabajador la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él.

Pues bien, lo que viene a decir el Convenio citado es que, en tanto no se haya defendido el trabajador, no puede estimarse, en principio, que el contrato se ha extinguido. Todo ello al margen del eventual derecho al preaviso, o de que no se pueda pedir al empresario que no se dé por extinguida inmediatamente la relación laboral, supuesto este que hace referencia nada más que al despido con causa justificada, con evidente causa procedente y manifiesta infracción grave, o sea, al que aparece como un claro despido procedente, con todas las cautelas y riesgos que contiene tal previsión de calificación.

Por ello, se ha de concluir que, **si es posible la opción por la readmisión, en el sentido de restablecer unilateralmente la ejecución del contrato, es que hasta ese momento no se había extinguido el contrato, y que si no se había extinguido hasta la elección por la readmisión, que es libre e incondicionada, también estaba vigente hasta que se eligió la indemnización.** La opción por una de las alternativas es posterior (o final) a una etapa de crisis no extintiva del contrato de trabajo, y que el ejercicio del derecho de opción requiere que el contrato de trabajo se mantenga vivo, para poder decidir, entre las prestaciones, la de la readmisión.

4. A VUELTAS CON EL ESPINOSO PROBLEMA DE LA NATURALEZA DE LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN

No se trata de repetir la relación de sentencias que cita la STS de 21 de octubre de 2004, en que se ha dicho que los salarios de tramitación tienen naturaleza indemnizatoria, ni tampoco la for-

taleza de los argumentos que se contuvieron de contrario en la STS de 7 de julio de 1994 y en alguna otra adicional, sino que tan sólo se puede recordar alguno de los argumentos que en éstas se han expresado.

En la STS de 7 de julio de 1994 se dice que los salarios de tramitación suponen «la reconstrucción de la relación jurídica rota por el contratista, que debe efectuarse abonando la retribución que el trabajador dejó de percibir por haber sido privado injustamente de realizar su trabajo en la obra objeto de la contrata y estos salarios deben tener el mismo tratamiento que los que le hubieran correspondido en caso de haber realizado su trabajo en la obra contratado»¹.

La perspectiva indemnizatoria de los salarios de tramitación se ha expresado en otras sentencias, de cuya lectura cabe destacar la afirmación expresiva de que con los salarios de tramitación se pretende, **tanto en los despidos nulos como en los improcedentes, compensar al trabajador uno de los perjuicios que para él se derivan del hecho del despido, cual es el no percibir retribución alguna desde la fecha del despido** y durante la instrucción del despido correspondiente.

Al respecto es obligado decir que no se entiende bien de qué perjuicios se trata en la anterior sentencia, pues, de estimarse que el despido ha extinguido el contrato de trabajo, que es la doctrina que se mantiene –en general– en la jurisprudencia, el ex trabajador nada podría pretender, pues ningún daño podría alegar por defecto de unos salarios que el contrato ya no podría producir. Si surgen *ex contractu*, es porque no tienen claro significado indemnizatorio, que ya se prevé e impone en el artículo 56.1 a) de la Ley del ET².

¹ (Ar. 6.351). Continúa la sentencia fundamentando la naturaleza salarial de los salarios de tramitación en la dicción literal del artículo 56.1 b) de la Ley del ET y de los artículos 110 y 113 de la LPL, por contradicción con la legislación anterior. Asimismo cita el artículo 33.1 de la Ley del ET, en cuanto que en el concepto de salarios de que responde el Fondo de Garantía Social (FGS) se incluyen los de tramitación. También se ha de citar el argumento relativo a la obligación de cotizar por ellos a la Seguridad Social, que se impone, no sólo al trabajador y al empresario, sino también al Estado cuando resarce a éste (o paga a aquél) por el exceso de salarios a cargo del empresario en caso de despido improcedente y que hubieran excedido de 60 días desde que se tuvo por presentada la demanda.

Conviene subrayar que en la sentencia se dice que los salarios de tramitación suponen la «reconstrucción de la relación laboral rota por el contratista» y ello es expresión técnica en la que se incide en lo que el contratista ha dejado afectado, que no es otra cosa que la relación jurídico-laboral, no el contrato de trabajo. Esa afectación de la relación, en rigor técnico, como se deduce del texto de la propia sentencia, cuando el empresario no cuenta con los requisitos, ni cumple con las condiciones, que el legislador establece para que el contrato pueda resultar extinguido, consiste en una interrupción, por la obstaculización empresarial a la ejecución de la prestación laboral.

² De la STS de 14 de julio de 1998 (rec. 3482/1997), afirmando la naturaleza indemnizatoria de los salarios de tramitación, importa destacar que se dice: «los salarios de tramitación constituyen un concepto jurídico propio con vertientes que los asimilan a los salarios y a la indemnización, lo cierto es que la doctrina de esta Sala en Sentencia de 13 de mayo de 1991, declara expresamente: "La figura de los salarios de tramitación o salarios de trámite tiene una evidente y clara naturaleza indemnizatoria, pues con ellos se pretende, tanto en los despidos nulos como en los improcedentes, compensar al trabajador uno de los perjuicios que para él se derivan del hecho del despido, cual es el no percibir retribución alguna desde la fecha del despido y durante la instrucción del despido correspondiente". Esta doctrina, como la propia sentencia citada razona, había sido ya esbozada por la de 29 de enero de 1987 y las de 27 de febrero, 30 de abril y 11 de mayo de 1990, y ha sido seguida por las de 2 de diciembre de 1992 y 19 de mayo de 1994. Rompiendo esta línea jurisprudencial se dicta la Sentencia de 7 de julio de 1994 que se inclina por la naturaleza salarial de los salarios de trámite, que se altera en la STS de 14 de marzo de 1995, en la que vuelve a declararse la referida consideración indemnizatoria».

De un lado conviene señalar que el empresario tiene como pretensión que se atiendan las órdenes que él o sus delegados adopten para que el trabajador cumpla bien, según lo pretendido. Ello implica que él o sus delegados tienen que colaborar a fin de que tenga lugar la ejecución de la actividad laboral, que es para lo que se ha contratado al trabajador –y para que el trabajador ejercite su derecho a la ocupación efectiva–, no sólo expresando los cometidos que aquél tiene que desempeñar, sino el lugar en que debe hacerlo, el modo y las circunstancias en que debe llevarlos a cabo, con la colaboración de otros compañeros y superiores, pues eso es parte del poder de dirección y de la libertad de empresa que se proclama en la Constitución Española. Parte de esa colaboración consiste en permitir hacer al trabajador lo que se le manda, para obtener el fin de la empresa, que se tutela en la Constitución Española y en la Ley del ET.

Parece un sinsentido decir que el empresario ha de permitir al trabajador hacer lo que él mismo le ha ordenado que haga, pero la conclusión no puede dejar de mantenerse, ni suavizarse. Esa idea de colaboración forma parte de la diligencia que tiene que cumplir el empresario, de modo que, si no se acomoda a ella, incumple una importante obligación, y la consecuencia del incumplimiento del contrato por la inactividad del trabajador, es que el empresario incurre en omisión culposa, a menos que el obstáculo al hacer del trabajador lo haya impuesto el empresario de modo justo y proporcionado. Pero esto, por definición, no puede darse en el despido calificado de nulo o de improcedente.

La negativa infundada del empresario-acreedor a recibir la prestación ofrecida o a colaborar al cumplimiento se ve acompañada, en estos casos, por la realización del trabajador de cuanto estaba en su mano, siendo la prestación ofrecida objetivamente idónea, íntegra y tempestiva, y el ofrecimiento hecho en debida forma. No se debe exigir una adicional intimación porque no se requiere que haya una culpa adicional del acreedor, pero ésta concurre en todo despido grave y culpable. La *mora creditoris* existirá aunque el empresario entienda que despidió correctamente, si luego el despido se declara judicialmente nulo o improcedente.

Un ofrecimiento real, aunque preceda a la negativa de la prestación se ha dicho (DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN) que es suficiente, cuando el obligado a prestar unos servicios los ha prestado efectivamente de un modo permanente estando dispuesto a seguir prestándolos, pero éstos son rechazados por despido repentino.

La situación es pues susceptible de ser calificada de *mora creditoris*. En ese caso podría venirse a considerar que, **tras la calificación del despido como improcedente o nulo, esto es, ilegal e infundado, la mora del acreedor ha surgido desde el día en que el acreedor omitió materialmente la cooperación necesaria para el cumplimiento, o sea, desde el día en que debiera haber cooperado y no lo hizo** (CABALLERO LOZANO).

De la situación de mora se ha hecho derivar que el deudor está facultado para percibir la prestación correspondiente, en su integridad, *in natura* (CABALLERO), que la obligación en los contratos

bilaterales es cumplir la contraprestación (CABANILLAS SÁNCHEZ, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER), a la **misma prestación retributiva contractualmente debida** (TREU), esto es, que el deudor tiene la **acción de cumplimiento** (DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN) susceptible de ejecución forzosa. A ello se añade que el empresario pierde las prestaciones que habría conseguido si la relación hubiese tenido una actuación regular (GHEZZI).

En cuanto a la causa de la alegación que los salarios de tramitación no sean propios salarios, si la *mora accipiendi* significa continuación de la relación sin contextual prosecución de la prestación, se ha de recordar, como ya se ha dicho *supra*, que supuestos de salarios de inactividad no faltan en el Ordenamiento Jurídico, como se ha puesto de relieve (RIVERO LAMAS, y RODRÍGUEZ SAÑUDO) que tienen su recepción en la normativa laboral, de los que pueden citarse los permisos retribuidos (37.3 de la Ley del ET), ausencias para ejercicio de funciones representativas [68 e) de la Ley del ET, 9.º 2 y 10.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical], períodos de descanso computables como de trabajo (34.4 de la Ley del ET), domingos, otros festivos y días de vacaciones (37.1 y 2 y 38.1 de la Ley del ET), realización de exámenes por embarazadas prenatales y técnicas de preparación al parto (26.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, por no citar más supuestos.

Cuando el trabajador no cumple con su obligación porque se lo impide la *mora accipiendi*, se está en presencia de **cantidades salariales *stricto sensu*** y no de indemnizaciones de distinta naturaleza (RODRÍGUEZ SAÑUDO).

En ciertas sentencias ³, se ha dicho por el TS que el juez, en caso de despido ilegal del empresario, **restablece el contrato mediante la sentencia**, a lo que ha precedido un despido que ha sido incondicionalmente extintivo.

No es inoportuno reiterar que «restablecer» significa reconstituir el vínculo previamente extinguido por el empresario, y esa operación de re-constitución es difícil que se pueda llevar a cabo sin la voluntad de los dos interesados, o contra la de alguna de las partes a las que el vínculo va a afectar. Resultará sorprendente que el juez pueda volver a constituir un contrato frente a la falta de colaboración o consentimiento de una parte.

En ninguna de las sentencias que afirman que los salarios de tramitación son una indemnización, queda clara la apoyatura de la figura y puede sorprender que el contrato tenga como fuente constitutiva la voluntad judicial, especialmente cuando para atribuirle la función extintiva –mucho menos comprometida, desde la perspectiva del respeto a la voluntad individual y a la intolerabilidad del nacimiento de los contratos contra la propia voluntad de las partes– ha hecho falta de una disposición legal autorizante, como el artículo 279.2 a) de la LPL. Antes de esta disposición, al hablar

³ Como las de 9 de diciembre de 1989 (Ar. 8.740), 13 de marzo de 1991 (Ar. 1.851) o 7 de diciembre de 1990 (Ar. 9.760), entre otras.

del contrato o de la relación laboral en la que se ha producido la decisión empresarial de despedir, en ningún momento el legislador ha utilizado, directa o indirectamente, esa expresión, la de que el contrato se ha extinguido, o ha partido de ella.

En la STS que se comenta de 21 de octubre de 2004, **se afirma que el legislador no está atribuyendo naturaleza salarial a los de tramitación, sino que la referencia a los dejados de percibir hace alusión únicamente al método a seguir para su cálculo.**

Basta para rechazar esa línea argumental decir que cuando se ha querido hacer referencia a salarios para calcular indemnizaciones, así se ha hecho constar, como ocurre en la indemnización equivalente a 45 días de salario por cada año de trabajo, o por citar algún caso más, cuando se concreta el importe de la que denomina indemnización por modificación sustancial de condiciones de trabajo, igual a 20 días de salario por año de servicio (art. 41.2 y 3 de la Ley del ET), o con toda la claridad necesaria, en el caso del **despido objetivo, cuando se trata de la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas** operadas en su puesto de trabajo, si el empresario ofrece un curso de reconversión o de perfeccionamiento profesional, durante el cual «se abonará al trabajador **el equivalente al salario medio que viniera percibiendo**» [art. 52 b) de la Ley del ET]. Todo esto quiere decir que **cuando el legislador ha operado con salarios como instrumento para fijar indemnizaciones, se ha dicho así**, o ha quedado constancia de su evidencia.

El artículo 30 de la Ley del ET está para defender la naturaleza salarial de los salarios de tramitación y la responsabilidad del empresario por ellos en consideración de tales ⁴.

A ello se han de añadir dos datos de derecho positivo, que vienen de la reforma de la Ley del ET, adoptada por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre (art. 2.º).

Una es la que recoge en el artículo 33.1 de la Ley del ET que, a efectos de la **garantía salarial a cargo del Fondo de Garantía Salarial**, éste abonará a los trabajadores el importe de los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores de los empresarios. Y se añade que a los anteriores efectos, se **considerará salario** la cantidad reconocida como tal en acto de conciliación o en resolución judicial por todos los conceptos a que se refiere el artículo 26.1, así como **los salarios de tramitación en los supuestos en que legalmente procedan**.

La otra referencia de derecho positivo viene dada por el artículo 209.6 y 209.5 c) de la LGSS, donde se lee con claridad que el **tiempo a que corresponden los salarios de trami-**

⁴ Todo esto puede verse más ampliamente en Jesús GONZÁLEZ VELASCO y María Paz VIVES USANO «Salarios de tramitación», en AA.VV. *Estudios sobre el salario*, Ed. Acarl, Madrid, 1993, págs. 529 a 582.

ción debe figurar en alta para el trabajador, que deberá instarla el empresario, **que se debe cotizar a la seguridad por dichas cantidades** y que, **a todos los efectos, es tiempo de ocupación cotizada**. A ello se añade que se ha previsto que en los casos de ejecución de la que derive la extinción judicial del contrato de trabajo (arts. 279.2 y 284 de la LPL), las prestaciones por desempleo comienzan a partir del momento en que se declare extinguida la relación laboral.

Es de sobra conocido que no se puede cotizar por las indemnizaciones [art. 109.2 b) de la LGSS].

No cabe decir que se trata de una disposición de mero contenido asegurativo (o como dice la STS que se comenta, supone simplemente que esa obligación es aplicable a la Seguridad Social pública), pues la LGSS se cuida muy bien de decir que **ello es «a todos los efectos»**, mientras que podía haber limitado los efectos al contenido y ámbito de la referida Ley. A ello se une que en el artículo 209.5 c) de la LGSS se ha previsto que el inicio de la prestación por desempleo tiene lugar, **a partir de la verdadera extinción del contrato de trabajo, que no ha sido en la fecha del despido, sino en la de la resolución extintiva judicial**.

5. INTERROGANTES CONCLUSIVOS

Tras las consideraciones hechas, uno puede seguir preguntándose por qué los salarios de tramitación no son expresión de la tutela restitutoria, en vez de la que se pretende en la jurisprudencia, de signo resarcitorio. Por qué la nulidad del despido no va a conllevar la admisión para el trabajador de todos -y no sólo una parte- de los efectos de la decisión extintiva. Por qué en caso de improcedencia del despido va a construirse una figura de cabida más que dudosa en el Ordenamiento Jurídico, o se va a volver a la vieja fórmula en la que se venía a distinguir la naturaleza de los salarios de tramitación tan sólo por la calificación de nulidad o improcedencia, contenida en la sentencia que, en todo caso, recrimina la ilegalidad y arbitrariedad del despido, si en ambos casos se viene a aceptar la existencia de la *mora accipiendi*. Por qué la ejecución provisional no va a ser la mera continuación de lo que el juzgador califica de decisión empresarial ilegal. Por qué no se va a atender la *voluntas legis*, siendo clara, cuando, en la ejecución de la obligación de readmitir, por sustitución, se tienen que computar como tiempo de servicios los días o meses o años que mediaron desde el despido hasta la resolución por la que el juez extingue el contrato de trabajo. Por qué la ejecución *in natura* de la obligación de readmitir va a tener que considerarse como precedida de una ruptura empresarial incondicionalmente eficaz, seguida de una reconstitución judicial del vínculo, de una nueva ruptura de esa reconstitución y de otra reconstitución judicial, que es la que se quiere que el empresario acate.

Si se afirma legalmente que la duración de todos los supuestos de excedencia, incluso la voluntaria ordinaria, común o no causal, es computable a efectos de antigüedad (como se dice en

el art. 46.3.5 de la Ley del ET), parece poco claro el fundamento de negar ese efecto para el tiempo en que se tienen que abonar salarios, aunque se les llame de tramitación, por el que se debe cotizar, que es a todos los efectos tiempo en alta en seguridad social y de ocupación cotizada, cuando la inactividad laboral del trabajador ha sido impuesta injustamente por el empresario, que de este modo ha incumplido su deber de colaboración, incurriendo en *mora accipiendi*.