



LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN

Presentado por:

Lidia Teresa Cucala Fresquet

Tutor:

Santiago García Campá

Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos

Curso Académico 2015/2016

ÍNDICE

1. Introducción	1
1.1 Objeto del trabajo fin de grado	3
1.2 Motivos de la selección del trabajo fin de grado	3
1.3 Finalidad del trabajo fin de grado	3
1.4 Metodología empleada	3
1.5 Estructura del trabajo fin de grado	4
2. Conceptos	6
2.1 La extinción del contrato de trabajo: el despido	6
2.2 Calificación judicial del despido	7
2.3 Los salarios de tramitación.	9
2.4 Calculo de los salarios de tramitación	11
3. Justificación	15
3.1 Los salarios de tramitación en la legislación preconstitucional	15
3.1.1 Los salarios de tramitación en los despidos injustificados	15
3.1.2 Los salarios de tramitación en los despidos nulos	16
3.1.3 Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales	17
3.2 Los salarios de tramitación en la legislación postconstitucional	19
3.2.1 Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores	19
3.2.1.1. Los salarios de tramitación en el despido improcedente	19
3.2.1.2. Los salarios de tramitación en el despido nulo	21
3.2.2 RDL 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores	22
3.2.2.1. Los salarios de tramitación en el despido improcedente	23
3.2.2.2. Los salarios de tramitación en el despido nulo	25
4. Régimen jurídico vigente	28
4.1. La reforma del RDL 3/2012 y la Ley 3/2012	28
4.1.1. Artículo 56 puntos 2 y 4 de ET	28
4.1.2. Artículo 57 ET	31
4.1.3. Artículo 110.1 de la LRJS	31
4.1.4 Artículo 111.1b) de la LRJS	33
4.2 El pago de los salarios de tramitación por el Estado	34
4.3 Naturaleza de los salarios de tramitación	37
5. La jurisprudencia sobre los salarios de tramitación	40
5.1 STSJ Galicia, de 10 de septiembre 2015 (rec. 2150/2015)	40
5.2 STS 5007/2012, de 11 de junio de 2012 (rec. 3860/2011)	40

5.3 STS 5065/2015, de 20 de octubre de 2015	43
6. Conclusiones	47
7. Bibliografía	49

1. INTRODUCCIÓN

1.1 Objeto del trabajo fin de grado

El objeto de este trabajo fin de grado es el estudio y el análisis de los salarios de tramitación. Para ello se han tenido en cuenta el concepto, la evolución histórica y la regulación actual.

1.2 Motivos de la selección del trabajo fin de grado

El motivo principal era poder profundizar en esta cuestión particular habitualmente asociada a la modalidad procesal del despido disciplinario, aunque también puede tener lugar en los despidos objetivos y colectivos. La impugnación de un despido disciplinario es uno de las principales causas por las que un trabajador y un empresario acuden a los juzgados, y los salarios de tramitación forman parte de la sentencia judicial cuando el despido es declarado improcedente o nulo.

1.3 Finalidad del trabajo fin de grado

La finalidad de este trabajo fin de grado es conocer qué son los salarios de tramitación, como se calculan, cuándo se generan, cómo han evolucionado y cuál es su legislación actual.

1.4 Metodología empleada

Para el estudio de los salarios de tramitación se han estudiado, leído y comparado diversos manuales sobre derecho del trabajo y de procedimiento laboral para aclarar conceptos. Conceptos como: qué son y en qué supuestos se generan los salarios de tramitación y por qué se aplican los efectos del despido disciplinario en el resto de extinciones del contrato.

Del mismo modo, para el estudio de la evolución de estos salarios se han comparado los efectos que producían los cambios efectuados por el legislador en las diferentes leyes de relaciones laborales y en las leyes de procedimiento laboral hasta llegar a la legislación vigente.

1.5 Estructura del trabajo fin de grado

Este trabajo de fin de grado se ha estructurado en seis apartados.

El primer bloque o capítulo consiste en la presentación del trabajo fin de grado. Se describe su objeto, motivo de elección del tema, finalidad y estructura.

En el segundo bloque se aclararan conceptos como despido, extinción del contrato de trabajo, la calificación judicial del despido y cuando se generan los salarios de tramitación. Se pretende demostrar que aunque existan tres principales modalidades procesales de los despidos en el Título II de la LRJS, los efectos que tienen para el trabajador y el empresario son, salvo alguna especificación concreta, los correspondientes al despido disciplinario.

En este bloque también se incluye la forma de calcularlos, al igual que los conceptos salariales que se tienen que tener en cuenta para obtener el salario día.

En el tercer bloque, justificación, se estudia la evolución que han sufrido los salarios de tramitación desde su aparición en la legislación laboral española en 1928 hasta la legislación previa a la reforma de la L. 3/2012. Se ha dividido este bloque en dos apartados principales, la legislación preconstitucional y la postconstitucional. Esta última se ha dividido a su vez en otros dos apartados, el primero corresponde a la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, y el segundo al RDL 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Para facilitar el estudio se ha separado en cada apartado la evolución sufrida por los despidos calificados como improcedente y los calificado como nulos.

En el cuarto bloque, se abordan los cambios sufridos en la legislación sobre los salarios de tramitación producidos por el RDL 20/2012 y L 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, ambas del mismo nombre. En este bloque también se incluye la comparación entre el RD 924/1982, de 17 de abril, sobre reclamaciones al Estado por salarios de tramitación en juicios por despido y el RD 418/2014, de 6 de junio, por el que se modifica el procedimiento de tramitación de las reclamaciones al Estado por salarios de tramitación en juicios por despido. Del mismo modo se ha añadido un apartado dedicado a la naturaleza indemnizatoria o salarial de los salarios de tramitación, al ser esta materia a fecha de hoy, todavía un punto de controversia.

En el quinto bloque se analizan tres sentencias. La primera se basa en un caso de imposibilidad de readmisión del trabajador al haber desaparecido la empresa. En este supuesto la controversia se centra en la aplicación del art. 110.1.b) de la LRJS y si proceden o no los salarios de tramitación al tener que aplicar el art. 286.1 LRJS. En este tipo de casos, las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia han sido diferentes y en unas se reconoce el derecho a estos salarios de tramitación, como es el caso analizado, y en cambio en otros no.

La segunda sentencia analizada, ha sido elegida porque en ella el Tribunal Supremo cambia de doctrina. Se trata de un recurso de casación para unificación de doctrina que tiene por objeto determinar si, en el caso de despido declarado improcedente por no readmisión del trabajador después de su excedencia especial, conforme al convenio colectivo de aplicación, proceden o no el abono de salarios de tramitación.

Y la tercera sentencia analizada es la STS 5065/2015, de 20 de octubre de 2015. Sentencia que causó controversia ante la interpretación que hizo el Tribunal Supremo del art. 281 LRJS ante un incidente de no readmisión. Esta sentencia contiene un voto particular el cual difiere de la opinión de la mayoría de los miembros de la sala. Se trata de una resolución compleja.

En el sexto bloque enuncia las conclusiones que se desprenden de los resultados obtenidos con el estudio desarrollado en los restantes apartados.

Y en el séptimo se relaciona la bibliografía empleada.

2. CONCEPTOS

2.1 La extinción del contrato de trabajo: el despido

En España el contrato de trabajo se extinguirá por los motivos que establece el artículo 49.1 del ET. Estas formas se pueden clasificar del siguiente modo (Montoya 2014, 456):

1. Extinción del contrato por cumplimiento.
 - a) Expiración del tiempo o conclusión del trabajo convenido.
 - b) Cumplimiento de condición resolutoria.
2. Extinción del contrato por desaparición, jubilación o incapacidad de sus sujetos.
 - a) Muerte, jubilación o incapacidad del trabajador.
 - b) Muerte, jubilación o incapacidad del empresario, o extinción del empresario-persona jurídica.
3. Extinción del contrato por decisión de las partes.
 - a) Voluntad conjunta del empresario y del trabajador (mutuo disenso)
 - b) Voluntad del trabajador (causal, *ad nutum* o abandono)
 - c) Voluntad del empresario o despido¹

El despido de un trabajador por parte del empresario debe estar basado en alguna de las causas establecidas legalmente en los arts. 49 al 56 del ET. Pudiéndose clasificar los despidos atendiendo a las causas que los motivan, según A. Montoya (2014, 456), de acuerdo con la siguiente tipología:

1. Despido disciplinario
2. Despido por circunstancias objetivas
3. Despido por fuerza mayor
4. Despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

En todo proceso de despido, el empresario debe de observar unas exigencias formales o requisitos². El ET establece qué formalismo se sigue en cada tipo de ellos, y admite que en estos procesos por convenio colectivo puedan establecerse otras exigencias formales (art. 55.1 ET). El incumplimiento por parte del empresario de la

¹ **El despido** es uno de los motivos por los que se puede extinguir un contrato de trabajo entre el empresario y el trabajador (art. 49.1. k) del ET). El despido es una decisión unilateral del empresario de poner fin al contrato de trabajo, independientemente de la forma o motivos que justifiquen ese despido. Se considera que no existe despido si no se produce una ruptura de los vínculos que crea un contrato jurídico-laboral.

² Ver arts. 51 al 56 del ET.

forma o causa sobre la que justifica o realiza el despido puede dar lugar a que el trabajador o trabajadores afectados formulen una demanda por despido.

El significado de la palabra despido utilizado por la LRJS no coincide plenamente con el contenido que se le da a la palabra despido en el ET. En la LRJS la palabra despido abarca todo el trámite de la impugnación de cualesquiera decisiones extintivas de la relación laboral adoptada unilateralmente por el empresario. En cambio, en el ET se limita su significado a la decisión unilateral del empresario de extinguir el contrato de trabajo (García Ninet 2014, 301)³.

2.2 Calificación judicial del despido

El artículo 2 de la LRJS dice: *“los órganos jurisdiccionales del orden social, por aplicación de lo establecido en el artículo anterior, conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan:*

“a) Entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo y del contrato de puesta a disposición, con la salvedad de lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; y en el ejercicio de los demás derechos y obligaciones en el ámbito de la relación de trabajo.”

El despido es una de las cuestiones litigiosas que pueden surgir entre empresarios y trabajadores como consecuencia de la finalización del contrato de trabajo que ambas partes celebraron. Por lo que todo despido es reclamable ante la jurisdicción social⁴.

Las demandas contra las decisiones empresariales de extinción del contrato de trabajo se sustanciarán por los trámites de la modalidad procesal de despido. Es en los capítulos II, III y IV del Título II de las modalidades procesales de la LRJS donde se regulan las diferentes vías para impugnar judicialmente la decisión empresarial de extinción del contrato laboral.

Tabla 1. Salarios de tramitación y modalidades procesales

³ En la STS de 23 de diciembre de 1996, en su fundamento de derecho segundo, en el punto 3, apartado a) dice: *“La expresión despido no debe entenderse constreñida, en principio, al que tuviera origen disciplinario, ya que su significado también comprende por lo general cualquier otro cese unilateralmente impuesto por el empresario al trabajador, aun cuando estuviera fundado en causa ajena a su incumplimiento contractual, grave y culpable. El despido, pues, constituye concepto genérico, diversificable, por razón de su causa, en especies distintas...”*

⁴ la demanda por despido da lugar a una de las modalidades procesales de la LRJS, regulada en los arts. 103 ss., que a su vez cuenta con dos submodalidades: despido por causas objetivas y despido colectivo.

Capítulo II De los despidos y sanciones	Sección 1ª	Despido disciplinario Del art. 103 al art. 113
	Sección 2ª	Proceso de impugnación de sanciones Del art. 114 al art. 115 estamos aquí
Capítulo III De la reclamación al Estado del pago de salarios de tramitación en juicios por despido	Del art. 116 al art. 119	
Capítulo IV De la extinción del contrato por causas objetivas, por despido colectivo y otras causas de extinción	Sección 1ª	Extinción por causas objetivas Del art. 120 al art. 122
	Sección 2ª	Despidos colectivos por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción o derivadas de fuerza mayor. Art. 124

Fuente. *Elaboración propia*

Todo despido, independientemente de su causa, será calificado por un juez en el fallo de la sentencia de la modalidad procesal iniciada, como despido PROCEDENTE, IMPROCEDENTE O NULO⁵.

Según J.L. Monereo (2012, 293) "La jurisprudencia ha puesto de manifiesto la exigencia de que en el fallo la sentencia califique el despido, sin que sea válida la mera absolución del demandado (sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1987⁶), pero no será necesario cuando en la sentencia se declare que el contrato se ha extinguido válidamente por causa distinta al despido o se reconozca la inexistencia de la relación laboral (sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1994⁷)".

Existen otras sentencias del Tribunal supremo que reiteran la necesidad de la calificación judicial del despido, sirva de ejemplo la STS 1840/2005, de 23 de marzo, donde en su F.D 2º, en su punto 3, dice: *"En este mismo sentido la STS de 28 de octubre de 1987 ya había dicho que "la calificación jurídica correspondiente al despido del trabajador es misión exclusiva del Magistrado de Trabajo quien a la vista del resultado de las pruebas verificadas en el acto del juicio procederá a calificarlo en Derecho, sin tener que atenerse ni vincularse a la que se ha hecho en la demanda, bastando con que el demandante impugne en su demanda el despido de que ha sido objeto"; y, en definitiva, la sentencia citada como contradictoria - la ya citada STS de 19 de junio de 1990 -, apoyándose y ratificando tales argumentos declaró de forma paladina que "habiéndose pedido en el suplico de la demanda que el despido se*

⁵ Los art. 108.1 y 2, art. 122, puntos 2 y 3 y el art. 124, puntos 11 y 13, apartados a) 3ª, 4ª y b) 3ª de la LRJS indican las diferentes calificaciones del despido y en qué motivos se basará el juez para calificarlos.

⁶ STS 13646/1987, de 2 de marzo de 1987, Madrid en su F.D. único.

⁷ STS 5143/1994, de 5 de julio de 1994, Madrid en su F.D. segundo.

declarase radicalmente nulo, no resulta incongruente con esta pretensión la sentencia que declara el despido improcedente o simplemente nulo".

2.3 Los salarios de tramitación

Los salarios de tramitación son uno de los pronunciamientos de condena que se producen cuando un juez califica un despido como nulo o improcedente y, en este último caso, el empresario o los representantes de los trabajadores optan por la readmisión. El art. 56.2 del ET los define como: *"En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación."* Aunque esta definición corresponda a uno de los efectos del despido declarado improcedente, se aplica de igual modo para el cálculo de los salarios dejados de percibir en el supuesto de que el despido sea declarado como nulo (art.113 LRJS).

El juez a través de los mecanismos que establece la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, decide la calificación y los efectos del despido impugnado, para ello se basa en lo que viene legislado en el Estatuto de los Trabajadores sobre esta materia. Y consecuentemente una variación de estos efectos en el Estatuto de los Trabajadores en materia de despido, implica una modificación en los artículos correspondientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Son dos leyes que están entrelazadas al influir la una en la otra.

En este apartado se relacionan los diferentes artículos del ET y de la LRJS donde, atendiendo al tipo de causa que justifique el despido y por tanto la calificación judicial de este, se pueden generar los salarios de tramitación o como también se les conoce, los salarios dejados de percibir:

- a) Despido disciplinario. Los salarios de tramitación se generan cuando el despido es calificado en sentencia judicial (art. 55.3 ET), como despido nulo o improcedente si se opta en este último caso por la readmisión. En este mismo artículo en el punto 6 se dicta que el despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir, tal y como dice el art 113 de la LRJS.

Cuando el despido disciplinario es calificado como improcedente, se aplica el art. 110 LRJS. El cual en caso de que el empresario opte por la readmisión, remite al art. 56.2 del ET donde dice: *“en caso de que el empresario opte por la readmisión del trabajador en su anterior puesto de trabajo y en las mismas condiciones, se generan los salarios de tramitación.”*

- b) Extinción por causas objetivas. En el art. 53 del ET, se regulan la forma y efectos de la extinción por causas objetivas del contrato de trabajo. En el punto 3 de dicho artículo se dice que contra la decisión extintiva se podrá recurrir como si se tratase de un despido disciplinario. Y es por lo que en el apartado 5 del mismo artículo se dice: *“La calificación por la autoridad judicial de la nulidad, procedencia o improcedencia de la decisión extintiva producirá iguales efectos que los indicados para el despido disciplinario, con las siguientes modificaciones:*

“b) Si la extinción se declara improcedente y el empresario procede a la readmisión, el trabajador habrá de reintegrarle la indemnización percibida...”⁸

Del mismo modo en el art. 123, efectos de la sentencia, de la LRJS, en su punto 2, establece que los efectos de la calificación como improcedente o nula la decisión de extinguir el contrato del empresario, serán los mismos que los previstos para el despido disciplinario. Al igual que el punto 3 exige al trabajador la devolución de la indemnización en caso de readmisión.

- c) Despidos colectivos. Así, cuando se trate de Despidos colectivos (art. 51 ET) ya sean por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción o derivadas de fuerza mayor, una vez alcanzado el acuerdo o comunicada la decisión empresarial a los representante de los trabajadores, el empresario podrá notificar los despidos individualmente según lo establecido en el art. 53.1 ET. La decisión empresarial podrá impugnarse a través de las acciones previstas para este tipo de despido (art. 51.6 ET); para ello los representantes de los trabajadores seguirán lo marcado en el art. 124.1 de la LRJS. En el punto 11 de este artículo, en el cuarto párrafo, se indican los efectos de la sentencia que declare nula la decisión extintiva ya sea por defectos de forma al no seguir lo marcado en el art. 51.2 y 7 del ET o por incurrir en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. En este supuesto, la sentencia declarará el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su trabajo de conformidad con lo previstos en los puntos 2 y 3

⁸ 53.1.b) ET. Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.

del artículo 123 de la LRJS. Remite a los efectos de la sentencia en caso de extinción de contrato por causas objetivas, donde se vuelve a condenar al empresario en los mismos términos previstos para el despido disciplinario, a los art. 55.6 y 56 del ET, con la salvedad de tener el trabajador que devolver la indemnización recibida por despido objetivo.

Atendiendo a lo anterior, se generan salarios de tramitación cuando el juez declara el despido como nulo o improcedente⁹, siempre que el empresario opte por la readmisión del trabajador en este último caso, independientemente del tipo de modalidad procesal seguida y se aplicarán los efectos del despido disciplinario.

Del mismo modo también se generan los salarios de tramitación en los supuestos de despido improcedente de un representante legal de los trabajadores o delegado sindical, tanto si opta por la readmisión como por la indemnización (art.56.4 ET).

La regulación que se establece para el despido disciplinario actúa como norma común para todas las demás formas extintivas de la relación laboral.

2.4. Cálculo de los salarios de tramitación

Para el cálculo de los salarios de tramitación se debe determinar el salario regulador¹⁰. Según J.I. García Ninet (2014, 972) se computan exclusivamente las percepciones de naturaleza salarial (art. 26 ET) por lo que se incluyen:

- El salario en especie, incluso el importe de la prima de seguro de vida y accidentes.
- Gratificaciones extraordinarias
- Horas extraordinarias
- Percepciones de vencimiento superior al mes
- Retribuciones variables o de devengo irregular (en este caso se calcula el promedio de los ingresos habidos por estos conceptos correspondientes a los doce últimos meses)

El cálculo debe realizarse sobre la suma de las cantidades salariales brutas que recibía el trabajador en el momento del despido, se calcula el promedio de los 12

⁹ Y En los artículos 109, 110, 113, 123 y 124.11 y 13 de la LRJS se describen las consecuencias de la calificación judicial del despido.

¹⁰ STS 893/2016, de 18 de febrero de 2016, (rec. 3257/2014). En su F.D. en el punto 3, ejemplifica el cálculo de la indemnización por despido atendiendo a la disposición transitoria 5^o de la L 3/2012

últimos meses. Y para saber el importe del salario día se debe dividir la suma entre los días naturales que tiene el año.

Para el cálculo¹¹ se tendrá que tener en cuenta el art. 110.1.c) de la LRJS. Donde dice que en los despidos improcedentes de trabajadores cuya relación laboral sea de carácter especial, la cuantía de la indemnización será la establecida, en su caso, por la norma que regule dicha relación especial.

El cálculo del salario día debe ser debatido y fijado en el proceso judicial por despido, ya que sobre este acuerdo se basará el cálculo de la indemnización por despido y los salarios de tramitación en caso de improcedencia o nulidad. Por lo tanto, esta cantidad diaria una vez establecida en el juicio, produce el efecto de cosa juzgada en posteriores procedimientos por reclamaciones de cantidad, diferencias de importe por indemnización, y procedencia de intereses por mora de esas diferencias (García Ninet 2014, 973). Un ejemplo de esta doctrina puede ser la sentencia núm. 496/2016, del TSJ de Asturias, (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 15 de marzo de 2016¹².

Según J. Montero (2004, 478) en el proceso de despido se puede debatir sobre el importe del salario o sobre la antigüedad y además, la decisión que se adopte no debe impedir la posibilidad de un proceso posterior sobre la reclamación de diferencias.

Se deben de estudiar la naturaleza de todas las retribuciones que recibe el trabajador y bajo qué condiciones o acuerdo las recibe, ya que conceptos que no tienen la consideración de salariales (art.26.2 ET), podrán tenerse como tales, atendiendo a las condiciones pactadas inicialmente y mantenidas en el tiempo entre las partes, si así lo decide un juez. En la STS 983/2015, de 16 de febrero de 2015, (rcud 3056/2013), en el FD 2º, punto 4 dice: *“El recurso del trabajador se reduce a resolver sobre la naturaleza salarial o extrasalarial de las dietas por manutención y alojamiento cobradas por el*

¹¹ Hay que tener en cuenta que existen normas particulares, como son las reguladoras de ciertas relaciones laborales de carácter especial y en concreto, la de representantes de comercio, donde el salario mensual se obtiene por el cociente que resulte de dividir el salario percibido por el trabajador durante las 24 mensualidades anteriores al despido o por el número de meses que haya durado la relación laboral en caso de no alcanzar los 24 meses indicados. (Montero 2003, 446)

¹² Sentencia del TSJ de Asturias. FD. 5º. *“La cuestión que se suscita ante esta Sala, es la de la cuantía del salario que ha de tenerse en cuenta a los efectos de la improcedencia del despido. En efecto tal y como sostiene la parte recurrente la sentencia del TS de 30 de junio de 2011 (RJ 2011, 6102) (recurso 3.756/2010), reiterando lo ya señalado por la sentencia de 25 de febrero de 1003 [sic] (RJ 1993, 1441), manifiesta que “la determinación de este salario - art. 56.1 a) ET (RCL 1995, 997) - no ha sido cuestión pacífica en la doctrina y así se ha establecido en ocasiones que se trata del salario que realmente se estuviera percibiendo en el momento del cese y no el que se pudiera tener derecho a percibir, por lo que el mayor salario que el trabajador considere que debe percibir podrá ser objeto de controversia en otro proceso, pero no en el de despido.”*

recurrente.” Para resolver esta cuestión el Tribunal se basa en el art. 26 y art. 40 del ET, en el convenio colectivo del sector de la construcción y estudia los diferentes contratos de obra firmados por el trabajador. Resolviendo: *“Si las dietas no eran debidas por disposición legal o convencional, al no existir desplazamiento o traslado en términos legales o convencionales por celebrarse el contrato de prestación de servicios en el lugar de ejecución de la obra que constituía su objeto, es claro que lo abonado por ese concepto tenía carácter salarial y no compensatorio de gastos por desplazamientos a los que no obligaba el contrato”*. Y es en el fallo donde en esta sentencia el TS recalcula el nuevo salario regulador para que se tenga en cuenta en el momento de ejecución de la sentencia.

Para el cálculo de los salarios de tramitación se tiene en cuenta el plazo de tiempo que transcurre, tal y como dice el art. 56.2 ET, desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia, más los días que establece el art. 278 de LRJS, donde dice que: *“serán a cargo del empresario los salarios devengados desde la fecha de notificación de la sentencia que por primera vez declare la improcedencia hasta aquella en la tenga lugar la readmisión, salvo que por causa imputable al trabajador, no se hubiera podido realizar en el plazo señalado”*. También se tendrán en cuenta las posibles ampliaciones en el plazo de tiempo debidos a un incidente de no readmisión (arts. 280 y 281 LRJS) o a la imposibilidad de readmisión del trabajador (art.286.1 LRJS), en estos casos el plazo se amplía hasta la fecha del auto que los resuelve.

Del plazo anteriormente señalado se pueden descontar¹³:

1. Los salarios que el trabajador haya podido obtener si este hubiera encontrado otro trabajo con anterioridad a la sentencia del proceso y el empresario lo probase (art.56.2 ET).
2. De la misma manera si el trabajador ha percibido prestaciones por incapacidad temporal durante ese periodo no puede percibir también salarios de tramitación (J. Monero 2004, 478)
3. Tampoco se generan salarios de tramitación en los supuestos en lo que el trabajador se halle en excedencia (I. García-Perrote 2014, 659).

¹³ STSJ de Cantabria, de 23 de noviembre de 2012. En sus F.D. 3, 4, 5 describe la doctrina jurisprudencial en relación a los criterios a aplicar ante la posibilidad de descuento a la hora de fijar la cantidad a abonar por la empresa de los períodos que la actora estuvo tanto en la situación de incapacidad temporal como en desempleo, la deducción de los salarios dejados de percibir con los devengados por otro trabajo profesional, y el descuento de las cargas fiscales y de seguridad social, sobre los salarios de tramitación.

4. Los ingresos recibidos por el trabajador por cuenta propia también se restan de los salarios de tramitación. (I. García-Perrote 2014, 659).

3. JUSTIFICACIÓN

3.1 Los salarios de tramitación en la legislación preconstitucional

3.1.1 Los salarios de tramitación en los despidos injustificados

Los salarios de tramitación son una figura jurídica que viene de antiguo. Según M. Lavado (1977, 87) *“El punto de partida de esta institución, que sufrirá una azarosa evolución a lo largo de diferentes etapas de nuestra historia legislativa, hay que colocarlo en la modificación sufrida en el Real Decreto-Ley de organización corporativa nacional de 26 de noviembre de 1926 por el real decreto de 30 de julio de 1928, que dio nueva redacción al artículo 17 del citado decreto-ley¹⁴. Y no sólo se introduce entonces lo que hoy llamamos salarios de tramitación,...”*. En este artículo se contempla que el trabajador tendrá derecho a percibir los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la readmisión o hasta que el trabajador hubiese encontrado otro trabajo.

Siguiendo a este autor al RDL de Organización Corporativa Nacional de 26 de noviembre de 1926, le siguió la regulación contenida en la ley de Jurados Mixtos (LJM), de 27 de noviembre de 1931. En el artículo 52¹⁵ de esta ley se limitaban los salarios de tramitación solo a 24 jornales, provocando con esto muchos conflictos debido al tiempo que empleaba la resolución de reclamaciones por despidos injustificados. En él también se contemplaba la condena al empresario a pagar los salarios de tramitación indistintamente si optaba entre la readmisión o la indemnización del despido injustificado. Este artículo apenas se modificó a lo largo del periodo republicano y principios del régimen franquista.

El Decreto de 26 de octubre de 1956, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Contrato de Trabajo, en su artículo 5º.3.c), se disponía: *«En todos los casos en que se declare el despido improcedente concederá (el magistrado) al trabajador una indemnización complementaria equivalente al importe de los jornales que hubiese*

¹⁴ El artículo 17.6. RDL 26/11/1926, modificado por el Real Decreto del 1928, en lo que aquí interesa, disponía: *«En ambos casos (es decir, ora hubiese readmisión ora no la hubiese porque el obrero estuviese nuevamente colocado) el patrono queda obligado a satisfacer al obrero el importe íntegro de los jornales correspondientes a los días que hubieran mediado entre el despido y la readmisión o, en su caso, entre el despido y el día en que el obrero se hubiera colocado nuevamente.»*

¹⁵ Art. 52 de LJM de 1931. *En ambos casos y a no ser que el obrero estuviese nuevamente colocado, habrá de abonarle los jornales correspondientes a los días que median entre el despido y la fecha en que, dentro de los plazos normales que se señalan en esta Ley, debe estar sustanciada la reclamación, sin que en ningún caso pueda exceder de veinticuatro.*

devengado durante la sustancien del procedimiento». Es en este Decreto donde se introduce el término “*despido improcedente*” sustituyendo hasta el momento calificado “*despido injustificado*”. En él se seguía manteniendo la condena al empresario a pagar los salarios de tramitación en caso de despido improcedente fuese cual fuese la opción de este entre readmisión o indemnización. Se eliminó el tope máximo de 24 jornales para el cálculo de su cuantía, volviéndose a tener en cuenta para este cálculo los jornales incluidos desde el despido hasta la sustanciación del procedimiento. (Lavado 1977, 100)

En las sucesivas leyes de Procedimiento Laboral (1958, 1963, 1966, 1973) la regulación de los salarios de tramitación no sufrió variación alguna respecto a la legislación anterior, el Decreto de 26 de octubre de 1956. Según M. Lavado la alteración introducida en las leyes de Procedimiento Laboral fue verdaderamente insignificante, contrayéndose, en un intento de precisar el *dies a quo*, a añadir el siguiente párrafo a la versión que ya conocemos del decreto de 1956¹⁶: «... a partir de la fecha de presentación de la solicitud de conciliación sindical y, en su defecto, de la de la demanda ante la Magistratura». (Lavado 1977, 101)

3.1.2 Los salarios de tramitación en despidos nulos

Siempre atendiendo a lo que dice M. Lavado, la historia de los salarios de tramitación en los despidos nulos es más reciente y no ha sufrido las vicisitudes habidas en los injustificados, indudablemente por las propias consecuencias que la nulidad acarrea. El despido nulo fue introducido en nuestra legislación positiva por la Orden del 23 de abril de 1947. En esta orden se establecían dos tipos de despidos nulos: el de los supuestos de crisis sin autorización y el supuesto del artículo 3º para las empresas que sometidas a una reglamentación de trabajo que exigiese instrucción de expediente, contraviniesen dichas normas e impusieran directamente el despido en vez de elevar propuesta en tal sentido a la Magistratura de Trabajo. Fue en el Texto

¹⁶D.149/1963, de 17 de enero, por el que se da nueva redacción al art. 100 del Texto Refundido de Procedimiento Laboral: *En todos los casos en que se declare el despido improcedente se concederán al trabajador que hubiese sido despedido una indemnización complementaria equivalente al importe de los jornales que hubiera devengado durante la sustanciación del procedimiento, a partir de la fecha de presentación de la solicitud de conciliación sindical y, en su defecto de la de la demanda ante la Magistratura.*

Refundido del Procedimiento Laboral (TRLP) de 1958¹⁷ donde se establecen las consecuencias de la declaración de nulidad del despido¹⁸ (Lavado 1977, 112).

Los artículos donde se regulaban los salarios de tramitación y las consecuencias para el empresario ante la declaración por un magistrado del despido llevado a cabo como nulo, no sufrieron apenas modificaciones¹⁹, pasaron de las sucesivas Leyes de Procedimiento Laboral (1958, 1963, 1966 y 1973²⁰) a la Ley de Relaciones Laborales de 1976.

3.1.3 Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales

Según el preámbulo de esta ley *“La Ley sobre Relaciones Laborales constituye un propósito de actualización y perfeccionamiento de aspectos fundamentales de la normativa del trabajo, introduciendo normas nuevas o actualizando otras que se consideran superadas por la realidad.”* Esta Ley, consideraba el legislador, tenía el carácter de plataforma mínima. Ya se tenía presente que sería necesario refundir toda la legislación laboral existente bajo la nueva perspectiva de la democracia. Con esta ley se pretendía recoger o que quedara preparado en su articulado algunas tendencias y mejoras que se presumían serían una realidad en los próximos años.

Los salarios de tramitación, o como también se mencionan en la legislación los salarios dejados de percibir desde que se produjo el despido y se produzca la readmisión, ya se contemplan como una compensación al trabajador por haber sido despedido por el empresario sin forma o causa suficiente (art. 35.1 LRL). Por entonces esta ley, y por lo tanto la sentencia, instaba al empresario a readmitir al trabajador en su anterior puesto de trabajo y solo se permitía pagar una indemnización al trabajador y así rescindir el contrato de trabajo, si había un acuerdo voluntario entre las partes o

¹⁷ El texto del Texto Refundido del Procedimiento Laboral (TRLP) de 1958 no está digitalizado, por lo que se ha tenido que recurrir al Decreto 149/1963, de 17 de enero para reproducir el contenido de los artículos de este texto.

¹⁸ Segundo párrafo del art.108 del Decreto 149/1963, de 17 de enero. *Cuando se acredite el incumplimiento por la Empresa del requisito formal a que se refiere el artículo 93 del presente Decreto, el Magistrado declarara de oficio nulo el despido.*

¹⁹ artículo 102 LPL, de 17-8-73 *«Cuando se acredite el incumplimiento por la empresa del requisito formal a que se refiere el artículo 97 del presente decreto, el magistrado declarará de oficio nulo el despido.»* Y el 117 del mismo texto legal: *«En todos aquellos casos en que se declare nulo el despido del trabajador, en la sentencia se condenará a la readmisión del mismo en su puesto de trabajo y al abono de los salarios correspondientes a los días que medien entre la fecha del despido y aquel en que la readmisión tenga lugar».*

²⁰ Decreto 2381/1973, de 17 de agosto, por el que se aprueba el texto articulado segundo de la Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social.

el Magistrado apreciaba, atendiendo a las circunstancias entre los implicados, que era imposible la readmisión señalando entonces una compensación económica²¹. El despido solo se contemplaba como el último recurso sancionador a una falta de disciplina del trabajador y para ello se exigía la reincidencia en un plazo de 18 meses en la comisión de una o dos faltas muy graves.

Mediante el RD 1925/1976²², se adaptaron los artículos de la Ley de Procedimiento Laboral a la nueva regulación contenida en la Ley de Relaciones Laborales, (L 16/1976). Se modificó el art.102 estableciendo que, el Magistrado declarará de oficio nulo el despido al incumplimiento por la empresa de los requisitos establecidos en el apartado uno del artículo noventa y siete de la presente Ley. Estaríamos hablando de declarar un despido como nulo debido a un defecto de forma. Y en el artículo 103 del mismo decreto se condena al empresario a la inmediata readmisión del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir, salvo en los supuestos de suspensión del contrato, en que se estará a las normas aplicables en cada caso.

La Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales fue derogada y sustituida por la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, cuyo examen se abordará en el apartado 3.2.1.

Y la Ley de Procedimiento Laboral, texto refundido, aprobado por Decreto 2381/1973, de 17 de agosto y sus posteriores modificaciones serán derogadas por el Real Decreto legislativo 1568/1980, de 13 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

²¹ *Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales. Sección X. Régimen disciplinario Artículo treinta y cinco. Uno. Cuando en un procedimiento por despido, el Magistrado de Trabajo considere que no hay causa justa para el mismo, en la sentencia que así lo declare condenará a la empresa a la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse aquél, así como al pago del importe del salario dejado de percibir desde que se produjo el despido hasta que la readmisión tenga lugar.*

Punto Cuatro. La sentencia que imponga la readmisión deberá ser cumplida por el empresario en sus propios términos, sin que pueda ser sustituida por indemnización en metálico, salvo acuerdo voluntario de las partes o cuando el Magistrado, atendiendo a circunstancias excepcionales apreciadas en el juicio que impidan la normal convivencia laboral, resuelva dejar sin efecto la readmisión mediante el señalamiento de una compensación económica.

²² RD 1925/1976. Mediante este decreto se adapta la Ley de Procedimiento Laboral a la Ley de Relaciones Laborales de 1976. Real Decreto 1925/1976, de 16 de julio, por el que se modifican determinados artículos de la Ley de Procedimiento Laboral, texto refundido, aprobado por Decreto 2381/1973, de 17 de agosto.

3.2 Los salarios de tramitación en la legislación postconstitucional

La Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, es el primer texto legal donde se regulan las relaciones laborales que se crean entre trabajadores y empresarios después de la Constitución.

Teniendo en cuenta el objeto del presente TFG, el examen tendrá en cuenta únicamente los artículos del Estatuto de los Trabajadores donde se regulen los efectos del despido disciplinario cuando este sea calificado judicialmente como improcedente o nulo y que generen el derecho al cobro por parte del trabajador de los salarios de tramitación. Del mismo modo, sólo se revisarán los artículos de las diferentes leyes de Procedimiento Laboral relacionados con la calificación y efectos del despido disciplinario.

3.2.1 Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores

En este primer Estatuto de los Trabajadores se establece el tipo de calificación del despido en el art. 55, dedicado a la *forma y los efectos del despido disciplinario*²³.

3.2.1.1 Los salarios de tramitación en el despido improcedente

Los efectos del despido improcedente se regulan en el artículo 56 del ET de 1980. Es en este artículo donde por primera vez se deja en manos del empresario la elección entre readmisión o indemnización del despido, salvo cuando se trate de representantes legales de los trabajadores o delegado sindical, en cuyo caso son estos los que les corresponderá elegir. Hasta la fecha era el juez quien principalmente decidía, y solo si estimaba que no había posibilidad de readmisión, el abono al trabajador de una indemnización y de los correspondientes salarios de tramitación, salvo que se tratase de un representante de los trabajadores, que, como ya se ha dicho, era éste quien podía elegir entre ser readmitido o indemnizado.

Los salarios de tramitación se marcan en el art. 56.1. b) del ET de la siguiente manera:

“b) A una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se notifique la sentencia de la jurisdicción competente o hasta que haya encontrado otro empleo si tal colocación es anterior a dicha sentencia y se

²³ Art. 55.2 ET. El despido podrá ser calificado como procedente, improcedente o nulo.

pruebe por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación”.

En el apartado 5 de este artículo, es donde se contempla por primera vez, que el Estado se haga cargo de los salarios de tramitación que se originen porque la resolución judicial por despido tarde más de 60 días desde la fecha en que se presentó la demanda.²⁴ El procedimiento a seguir se establece en el RD 924/1982, el cual se estudiará en otro apartado diferente de este trabajo.

El artículo 56 del ET de 1980 sufre importantes modificaciones como consecuencia de la Ley 11/1994, de 19 de mayo. En lo referente a los salarios de tramitación se mantiene el periodo de tiempo donde habitualmente se generan, que van desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia o hubiera encontrado otro empleo (...), pero se incluye una salvedad en el punto 2. En este punto se admite por primera vez que el empresario, si es a él al que le corresponde elegir sobre readmisión o indemnización, pueda limitar el importe de los salarios dejados de percibir al día de la conciliación previa, si en ella reconoce que el despido es improcedente y deposita en el juzgado de lo social a disposición del trabajador, en el plazo de 48 horas siguientes, la cantidad correspondiente a la indemnización por este tipo de despido (45 días por año trabajado...).

Con este cambio se conseguía abaratar los costes del despido para el empresario, ya que aunque posteriormente el despido fuera declarado judicialmente improcedente, los costes por salarios de tramitación se limitaban a un periodo de tiempo mucho más breve, desde la fecha del despido a la fecha de la conciliación previa²⁵.

Otra novedad se produce en el punto 5 de este mismo artículo. Se establece que será el empresario el que podrá reclamar al Estado los salarios de tramitación que excedan de los sesenta días desde la presentación de la demanda. Hasta la fecha los salarios

²⁴ Art. 56.5. ET. Cuando la sentencia de la jurisdicción competente que declare la improcedencia del despido se dicte transcurridos más de sesenta días desde la fecha en que se presentó la demanda, el abono de la percepción económica a que se refiere el apartado b) del número uno de este artículo, correspondiente al tiempo que exceda de los dos meses antes señalados, será por cuenta del Estado.

²⁵ Art. 55.2. ET. En el supuesto de que la opción entre readmisión o indemnización correspondiera al empresario, la cantidad a que se refiere el párrafo b) del apartado anterior quedará limitada a los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la de la conciliación previa, si en dicho acto el empresario reconociera el carácter improcedente del despido y ofreciese la indemnización prevista en el apartado a) del número anterior, depositándola en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador en el plazo de cuarenta y ocho horas siguientes a la celebración del acto de conciliación.

de tramitación los reclamaba el trabajador y solo podía hacerlo el empresario en algún supuesto, ver (art. 1. c) RD 924/1982).

El RDL 521/1990, de 27 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, deroga el RDL 1568/1980. En este nuevo RDL, es en el art. 110 donde se establecen los efectos de la sentencia que declare el despido como improcedente. Los motivos por los que se generan los salarios de tramitación no sufren cambios, simplemente se legisla de manera más clara.

Este RDL 521/1990 es derogado a su vez por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, incorporando al mismo las modificaciones introducidas por las diferentes leyes que se fueron aprobando durante 1994, una de ellas es la Ley 11/1994.

3.2.1.2 Los salarios de tramitación en el despido nulo

En el artículo 55 del ET es donde se establece que el despido pueda ser calificado como nulo. En el punto 3 de este artículo inicialmente solo se contemplaba la posibilidad de que el despido fuera declarado como nulo cuando existiera un defecto de forma²⁶, o bien cuando se despedía a un trabajador con el contrato de trabajo suspendido, si la jurisdicción competente no apreciaba su procedencia. Los efectos de esa declaración de nulidad eran la readmisión inmediata del trabajador, con el abono de los salarios dejados de percibir (art. 55.4 ET). Judicialmente se aplicaba el art. 103 del R.D.L. 1568/1980, de 13 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, el cual declaraba *“si el despido fuere declarado nulo, se condenará a la inmediata readmisión del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir, salvo en los supuestos de suspensión del contrato, en que se estará a las normas aplicables en cada caso.”*

El art. 55 del ET se modificó mediante la Ley 11/1994, de 19 de mayo, basándose en el marco económico en el que las empresas españolas desarrollaban su actividad, había experimentado notables diferencias con respecto al existente en 1980, año de la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores. Según la exposición de motivos de esta Ley 11/1994, en su punto 3, dice que para lograr esta necesaria mejora de la

²⁶ Art. 55. Uno. El despido regulado en el artículo anterior deberá ser notificado por escrito, en el que han de figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efecto. (En su redacción inicial)

competitividad de las empresas españolas exige revisar el marco institucional de las relaciones laborales. Y entre otros se decide modificar en algunos casos la calificación del despido²⁷, modificando el contenido del art. 55 del ET. En el punto 5 de este artículo se declara que “Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”. Dejando de ser despido nulo aquel que no siga las exigencias formales, pasando a ser calificado este como improcedente²⁸. En cuanto a sus efectos se siguen manteniendo los mismos, los marcados en el punto 6 del art. 55 del ET. Y el art. 113 del RDL 521/1990, de 27 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, condenaba al empresario a la inmediata readmisión del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir. En caso de trabajadores con contrato suspendido, se estará a las normas aplicables en cada caso. Lo que indica que los efectos del despido calificado como nulo se mantuvieron iguales durante 10 años.

3.2.2 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

Este texto refundido es el resultado que elabora el Gobierno ante la disposición final séptima de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre²⁹. Entra en vigor el 1 de mayo de 1995.

²⁷ Por otra parte, se modifica en algunos casos la calificación del despido. Este acto será calificado de procedente cuando puedan acreditarse las razones alegadas por el empresario. La declaración de improcedencia se producirá en caso contrario y también cuando no se hubiera observado la forma o procedimiento, legal o convencionalmente establecidos, para la rescisión por causas disciplinarias. El despido, por último, será declarado nulo cuando, tratándose de decisiones extintivas por causas objetivas, económicas, organizativas, técnicas y de producción, se hubieran incumplido las formalidades legales, y, en todo caso, cuando resultara discriminatorio o contrario a los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

²⁸ Artículo 55 ET. Forma y efectos del despido disciplinario.

1. El despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos.

Por convenio colectivo podrán establecerse otras exigencias formales para el despido.

Cuando el trabajador fuera representante legal de los trabajadores o delegado sindical, procederá la apertura de expediente contradictorio, en el que serán oídos, además del interesado, los restantes miembros de la representación a que perteneciere, si los hubiese.

Si el trabajador estuviera afiliado a un sindicato y al empresario le constare, deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato.

²⁹ La disposición final séptima de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas, y de orden social, autoriza al Gobierno para elaborar, en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la Ley, un texto refundido de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, incorporando las modificaciones introducidas por la misma así como las efectuadas por las disposiciones legales que enumera.

3.2.2.1 Los salarios de tramitación en el despido improcedente

En este nuevo texto los despidos disciplinarios y sus efectos se regulan en los artículos del 54 al 57, ambos inclusive. Y los efectos del despido declarado como improcedente se siguen estableciendo en el art. 56. Este artículo se mantiene igual que en la Ley 8/1980, salvo que el punto 5 desaparece y el contenido de este punto se desarrolla en el art. 57 del nuevo RDL 1/1995.

Los salarios de tramitación que se establecen en el art. 56.2 ET 1995 inicialmente se siguen manteniendo en cuanto al concepto y periodo temporal que comprenden. Pero con el transcurso del tiempo y atendiendo a necesidades económicas y políticas fue modificado sucesivamente:

Primera modificación. Se produce con el art. 2.3 Real Decreto Ley 5/2002, de 24 de mayo de Medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad.

Se modifican los apartados 1 y 2 del artículo 56 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Con esta modificación se establece que el empresario cuando opte por la indemnización (45 días, por año de servicio, prorrateándose por meses...), solo abonará el importe de la indemnización que determine la sentencia y que el contrato de trabajo se extingue en la fecha del cese efectivo en el trabajo. O lo que es lo mismo, al trabajador se le abona la indemnización pero no los salarios de tramitación al considerar extinguida la relación laboral en el momento del despido y no en el momento de comunicación de la sentencia de despido improcedente.

En el punto 2 se reconoce que en el caso de readmisión el trabajador tendrá derecho a los salarios dejados de percibir en los términos previstos en el artículo 57³⁰ de esta

³⁰ "Artículo 57. Efectos de la readmisión. ET 1995

1. Cuando, de conformidad con los artículos 55.6 y 56.2 de la presente Ley, se produzca la readmisión del trabajador, éste tendrá derecho a los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia, que serán fijados en ésta al declarar su nulidad o improcedencia.

2. Cuando, durante dicho periodo, el trabajador hubiera percibido prestaciones por desempleo, la Entidad Gestora cesará en su abono y reclamará las cotizaciones a la Seguridad Social efectuadas, debiendo el empresario ingresar a la Entidad Gestora las cantidades percibidas por el trabajador, deduciéndolas de los salarios dejados de percibir con el límite de la suma de los mismos.

Si el trabajador hubiera encontrado otro empleo con anterioridad a la sentencia y se probase por el empresario lo percibido, éste lo podrá descontar de los salarios dejados de percibir.

3. En cualquier caso, el empresario deberá instar el alta del trabajador en la Seguridad Social con efectos desde la fecha del despido cotizando por ese periodo, que se considerará de ocupación cotizada a todos los efectos."

Ley. Y la sentencia que declare la improcedencia del despido determinará las cantidades que resulten tanto por los salarios dejados de percibir como por la indemnización.

La vigencia de RDL 5/2002 fue breve ya que fue sustituido por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, además este RDL en el año 2007 fue declarado inconstitucional y nulo por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 68/2007, de 28 de marzo. Este Tribunal consideró que el uso que había realizado el Gobierno del Decreto Ley no era el adecuado por no darse las características que exige el art. 86.1 de CE, de extraordinaria y urgente necesidad. En esta sentencia no se entró a valorar el segundo motivo del recurso, la modificación del art. 56 puntos 1 y 2 del ET.

Segunda modificación. En la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de Medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, se modifican los apartados 1 y 2 del artículo 56 del ET, con el siguiente resultado:

El punto uno viene a quedar como en la redacción inicial del Texto Refundido del Estatuto de los trabajadores de 1995, salvo el último párrafo que desaparece, por lo que el empresario deja de tener la obligación de mantener en alta al trabajador en la Seguridad Social durante el periodo correspondiente a los salarios a que se refiere el párrafo anterior (los de tramitación).

En cambio el punto 2 sí que sufre una modificación importante, se establecen diferentes periodos de tiempo en los que se puede generar derecho a los salarios de tramitación en caso de aceptación de la improcedencia del despido por parte del empresario e independientemente de la aceptación o no de la indemnización por parte del trabajador:

- Primer supuesto: Si el empresario reconoce la improcedencia del despido y ofrece la indemnización prevista en el apartado a) del art. 56.1 ET depositándola en el Juzgado de la Social en el plazo de 48 horas desde el despido y se lo comunica al trabajador, no se devengará cantidad alguna de salarios de tramitación. El llamado “despido exprés”.
- Segundo supuesto. El empresario reconoce la improcedencia del despido y ofrece la indemnización prevista en el apartado a) del art. 56.1 ET depositándola en el Juzgado de la Social y comunica al trabajador su decisión, los salarios de tramitación devengados quedarán limitados desde la fecha del despido a la fecha del depósito en el juzgado. El empresario solo podrá tomar esta opción antes del acto de conciliación.

- Tercer supuesto. Cuando el empresario readmita al trabajador a tenor de la sentencia de despido improcedente. Y en este caso abonará los salarios correspondientes establecidos en el art. 56.1. b), desde el despido hasta la comunicación de la sentencia al trabajador.

En cuanto al art. 110 de la LPL (RDL 2/1995), sufre cambios ya que se incluye la limitación temporal producida por el reconocimiento de la improcedencia del despido por parte del empresario y el depósito que este hace de la cantidad correspondiente a la indemnización a favor del trabajador en el juzgado antes del acto de conciliación previa. (Art. 56.2 ET). Además se añade el punto 4 *“Cuando el despido fuese declarado improcedente por incumplimiento de los requisitos de forma establecidos y se hubiese optado por la readmisión podrá efectuarse un nuevo despido dentro del plazo de siete días desde la notificación de la sentencia. Dicho despido no constituirá una subsanación del primitivo acto extintivo, sino un nuevo despido, que surtirá efectos desde su fecha”*.

El texto del art. 110 de la LPL (RDL 2/1995), se mantiene igual hasta el 14 de diciembre de 2002. Se le aplican los cambios obligados por la Ley 45/2002. Lo que implica remitir al art. 57 del ET para reclamar por parte del empresario, el pago al Estado de los salarios de tramitación que superen los 60 días hábiles desde la presentación de la demanda en lugar de al punto 5 del art. 56 del ET 1995.

Del mismo modo sufre un pequeño cambio a partir del 4 de mayo de 2010. En el punto 3 de este artículo se indica donde se puede ejercer la opción entre readmisión o indemnización en el plazo de cinco días, ya sea por el empresario o los representantes legales de los trabajadores, pues bien, anteriormente se podía hacer ante la Secretaria del Juzgado de lo Social y con el cambio se puede hacer ante la Oficina del Juzgado de lo Social.

Este artículo permaneció igual hasta la derogación de la LPL (2/1995) que fue sustituida por la Ley 36/2011, de 10 de octubre.

3.2.2.2 Los salarios de tramitación en el despido nulo

En el Estatuto de los Trabajadores de 1995, la calificación del despido nulo sigue estando delimitada en el art. 55. Este artículo sufre una importante modificación si lo comparamos con su versión anterior en el ET de 1980. En la nueva versión se incluyen garantías para los representantes legales de los trabajadores o trabajadores

afiliados a sindicatos, como que puede hacer el empresario en caso de realizar un despido sin observar los requisitos exigidos para hacer un despido en forma. Se incluye como motivo de nulidad (punto 5) el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. Y en el punto 6 de este artículo se sigue manteniendo de igual manera los efectos “El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir”.

Durante los años de vigencia del art. 55 del ET de 1995 su contenido fue sufriendo cambios, pero principalmente en los motivos por los que se podía declarar nulo el despido. Se incluyeron supuestos de nulidad como despedir a una persona teniendo el contrato de trabajo suspendido por una de las causas del art. 45.1. d) del ET o las personas que disfruten de un permiso por lactancia, cuidado de hijos o familiares (art. 37 puntos 4 y 5 del ET).

Con el Real Decreto-Ley 5/2002, se modifican el punto 6 y 7 de este artículo 55. En el punto 6 se establece que el trabajador tendrá derecho a los salarios dejados de percibir en los términos previstos en el artículo 57 de esta Ley. Pero esta modificación duró muy poco, al volver a la redacción anterior con la Ley 45/2002. Lo mismo ocurrió con el punto 7 donde al declararse el despido procedente el trabajador no tenía derecho a la indemnización ni a los salarios de tramitación. En la redacción del RDL 5/2002 de este punto 7, la mención de los salarios de tramitación desaparecen y en la de la Ley 45/2002 vuelven a aparecer.

Con la Ley 45/2002 se incluye un nuevo supuesto de despido nulo. El despido de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en esta Ley.

Y por último con la Ley orgánica 3/2007, se incluye en el punto 5 del art. 55, el apartado c) donde dice que será nulo el despido de un trabajador producido después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

En cambio el art. 113 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, no sufrió cambios en todo el periodo de tiempo de vigencia de este RDL. Se mantiene el mismo texto y por lo tanto las consecuencias de la calificación judicial del despido como nulo.

4. RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE

4.1 Cambios introducidos por el RDL 3/2012 y L 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, ambas del mismo nombre.

Este apartado del trabajo intentará reflejar los cambios que han sufrido los salarios de tramitación en el ET de 1995 y en la Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social a partir del RDL 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y de la Ley 3/2012 del mismo nombre.

Primero el RDL 3/2012 y posteriormente la Ley 3/2012 implicaron un gran cambio en el régimen jurídico de los salarios de tramitación³¹. Estableciendo la supresión de estos salarios en el supuesto de la calificación de despido como improcedente si el empresario opta por la indemnización del trabajador; salvo para los representantes legales de los trabajadores, a los cuales se les reconoce el derecho a cobrar estos salarios independientemente si optan por la indemnización o la readmisión.

En el capítulo cuarto de esta ley, es donde se establecen los cambios llevados a cabo en el ET sobre los salarios de tramitación, más concretamente en el art.18 en los puntos 7, 8, 9 y 10. En estos apartados es donde se regulan los cambios producidos en el art. 56 puntos 2 y 4 y en el art. 57.1 ET. Del mismo modo en el capítulo quinto se detallan los cambios llevados a cabo en la LRJS, donde se modifica el art. 110.1, efectos del despido improcedente y el art. 111.1. b), efectos del recurso contra la sentencia de declaración de improcedencia del despido.

³¹ Capítulo V, de la L 3/2012. Junto a la supresión del «despido exprés» se introducen otras modificaciones en las normas que aluden a los salarios de tramitación, manteniendo la obligación empresarial de abonarlos únicamente en los supuestos de readmisión del trabajador, bien cuando el empresario escoja esa opción ante un despido declarado improcedente, bien como consecuencia de la calificación de nulidad del mismo. En el caso de aquellos despidos improcedentes en los que el empresario opte por la indemnización, no es necesario el abono de los salarios de tramitación, lo cual se justifica en que el tiempo de duración del proceso judicial no parece un criterio adecuado para compensar el perjuicio que supone la pérdida del empleo, máxime teniendo en cuenta que el trabajador puede acceder a la prestación de desempleo desde el mismo momento en que tiene efectividad la decisión extintiva. Por otra parte, los salarios de tramitación actúan, en ocasiones, como un incentivo para estrategias procesales dilatorias, con el añadido de que los mismos acaban convirtiéndose en un coste parcialmente socializado, dada la previsión de que el empresario podrá reclamar al Estado la parte de dichos salarios que exceda de 60 días.

4.1.1 Artículo 56 puntos 2 y 6 de ET Despido improcedente

Los salarios de tramitación permanecen en los casos de despido declarado como nulo al no afectar la reforma al art. 55.6 del ET. Las modificaciones, ya sea del RDL 20/2012 como de la L 3/2012, solo afectan al artículo 56, despido improcedente, del ET.

Según I. García-Perrote (2010, 372), la modificación de este artículo introduce tres nuevas reglas:

1. En caso de opción empresarial por la indemnización, no se abonan salarios de tramitación (ha desaparecido toda referencia a ellos en el artículo 56.1 ET).
2. En caso de opción empresarial por la readmisión, “El trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación” (art. 56.2 ET).
3. En el nuevo artículo 56.4 que regula los efectos del despido improcedente de los representantes de los trabajadores se modifica para añadir un nuevo inciso final, en el que se dice que sea cual sea la opción del representante, “tendrá derecho a los salarios de tramitación a los que se refiere el apartado 2”.

Según este autor, el diferente tratamiento que reciben los salarios de tramitación en los casos de indemnización y readmisión es coherente teniendo en cuenta la diferente suerte del contrato de trabajo en un caso y en otro: En caso de indemnización, dado el carácter constitutivo de la decisión empresarial, se entiende que la extinción de la relación laboral se produjo en el momento del despido; en cambio en caso de readmisión, se entiende que no ha habido extinción, el trabajador ha permanecido durante la sustanciación del proceso sin prestar servicios por una decisión empresarial, y eso tiene que pagarlo quien tomó esa decisión. En cambio, si el afectado por un despido es un representante de los trabajadores, al corresponderle a este la opción entre indemnización o readmisión, el contrato no se extingue hasta que el representante elige la primera de las opciones en el momento de la sentencia, dando derecho siempre a los salarios de tramitación (García-Perrote 2012, 373).

La disposición transitoria 5ª de la L 3/2012, regulaba qué ocurría cuando se despedía a un trabajador con un contrato de trabajo suscrito con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley³². Esta D.T. 5ª solo contemplaba el supuesto de que el empresario optara por la indemnización en caso de despido improcedente, obviando como

³² Ley 3/2012. Disposición transitoria quinta. Indemnizaciones por despido improcedente.

1. La indemnización por despido prevista en el apartado 1 del artículo 56 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en la redacción dada por la presente Ley, será de aplicación a los contratos suscritos a partir del 12 de febrero de 2012.

proceder respecto de los salarios de tramitación en aquellos casos de despidos impugnados e iniciado el proceso con anterioridad al 12 de febrero de 2012 y pendientes de resolución judicial en dicha fecha.

Judicialmente se dictaron sentencias en los dos sentidos, en la mayoría se resolvieron aplicando el régimen anterior, cuando el trabajador tenía derecho a los salarios de tramitación al considerarse el despido como improcedente y el empresario optaba por la indemnización. Y otras, las menos, aplicaron la legislación en vigor al respecto en la fecha de sentencia. Al primer grupo correspondería la sentencia nº 106/2012 de fecha 29 de febrero de 2012, del Juzgado de lo Social nº 1 de Valencia. En el fallo de esta sentencia³³ el juez decide no aplicar la nueva regulación de los salarios de tramitación (RDL 3/2012) basándose en la no existencia de una norma transitoria, por lo que debe aplicar la legislación vigente en el momento del hecho constitutivo del despido.

Sirva de ejemplo para el segundo grupo la sentencia nº 72/2012, del Juzgado nº2 de lo Social de León, donde en su F.D. IV dice que *“En punto a las consecuencias de lo anterior y si la Entidad demandada no opta por la readmisión, no habrá lugar al abono de salarios de tramitación con arreglo al art. 55 del ET en la redacción dada por el Real Decreto Ley 3/2012 de 10 de febrero. Entendemos que esta norma es de aplicación inmediata al presente supuesto en base a lo siguiente:...”*³⁴.

³³ sentencia nº 106/2012 de 29 de febrero de 2012, del Juzgado de lo Social nº 1 de Valencia .- que no es admisible la petición de la parte demandada de no devengo de salarios de trámite por aplicación del RDL 3/2012 de 10-2-12 publicada en BOE 11-2-12 que excluye en caso de opción por la indemnización los citados salarios de trámite por modificación de las previsiones del art 56 ET . Y ello no es admisible pues tal reforma entro en vigor en el día siguiente a su publicación (Disposición final 16) no existiendo normativa transitoria específica; lo que determina la aplicación de las normas generales de entrada en vigor de las normas, y tratándose de la regulación del despido en el art 56 de una norma de fondo y no procesal, que determina los efectos que tiene el despido, despido que según la doctrina tiene carácter constitutivo e inmodificable, no permite ser regulado por norma posterior, pues supondría una aplicación retroactiva de la ley que viene vetada por el art 2 , 3 del CC salvo previsión específica en contrario, previsión que no existe.

³⁴ Continuación de F.D. IV de la sentencia 00072/2012 de Juzgado nº 2 de lo Social de León.

a) Porque la misma establece su entrada en vigor al día siguiente de su publicación esto es el 12 de febrero de 2012, tratándose de una norma que justifica en su exposición de motivos su carácter urgente. b) Porque en dicha norma, a diferencia de otras materias, y asimismo a diferencia de otras modificaciones pretéritas en materia de despido, no se contiene ninguna disposición transitoria al respecto. c) Porque la normativa que ahora aplicamos tiene carácter sustantivo y no procesal. d) No creemos que se trate de una aplicación retroactiva de una norma desfavorable que pudiera vulnerar el art. 2 del Código Civil , ya que se aplica la normativa sustantiva vigente en el momento de la calificación del despido por el Juzgador, es decir no se deja sin efecto por dicha norma calificaciones efectuadas al amparo de anterior normativa. e) Finalmente creemos que esta es la interpretación más acorde con el espíritu y finalidad de la normativa que estudiamos, pues en definitiva toda ella pretende, insistimos de manera urgente e inmediata en razón de la gravedad de la actual crisis económica, reducir el coste del despido improcedente.

4.1.2 Artículo 57.1 ET Pago por el Estado

El cambio producido en este artículo por el RDL 3/2012 y confirmado posteriormente por la L. 3/2012 consiste en modificar la referencia que se hace al art. 56, donde se regulan los salarios de tramitación, quedando: *«1. 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 la que se refiere el apartado 2 del artículo 56 de esta Ley, correspondiente al tiempo que exceda de dichos sesenta días.»*

Fue mediante el RDL 20/2012, de 13 de julio, cuando se amplió el periodo de tiempo que debía mediar entre la presentación de la demanda y la sentencia que declarase improcedente el despido para poder reclamar al Estado el pago de los salarios de tramitación por parte del empresario, pasando de 60 a 90 días hábiles (art. 57.1 ET).

Para poder ejercitar esta opción el empresario deberá seguir lo estipulado en el Real Decreto 418/2014, de 6 de junio, por el que se modifica el procedimiento de tramitación de las reclamaciones al Estado por salarios de tramitación en juicios por despido.

En la nueva redacción dada al ET (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre), el contenido que tenía el art. 57 del ET de 1995, pasa a incorporarse al art. 56.5 del actual ET. Quedando el art. 57 titulado como Procedimiento concursal en la redacción actual.

4.1.3 Artículo 110.1, Efectos del despido improcedente en la LRJS

Este artículo se vio modificado por el RDL 3/2012 y estas modificaciones se mantuvieron en la L. 3/2012. El cambio implicó la condena al empresario a readmitir al trabajador en las mismas condiciones previas al despido y a abonar los salarios de tramitación a los que se refiere el art. 56.2 de ET o bien al pago de la indemnización que se fijará según el art. 56.1 de ET. Queda a opción del empresario la readmisión o no, salvo que se trate de representantes de los trabajadores o cláusula del convenio aplicable que dé esa posibilidad al trabajador³⁵.

³⁵ La sentencia del Tribunal Supremo nº 71/2006, de 4 de enero de 2006, sirve como ejemplo de la aplicación de las cláusulas de convenios colectivos donde se concede el derecho a optar entre la readmisión o la indemnización al trabajador. En este caso se trata de si procede o no conceder este derecho a una trabajadora cuya relación se convierte en indefinida por

Otra modificación de este artículo es la modificación del antiguo apartado c) que ahora pasa a ser el b). Este apartado establece que, ante un despido improcedente, el demandante puede pedir, cuando la readmisión en su anterior trabajo no sea posible, ya sea porque el cierre de la empresa o cese en la actividad, que su lugar de trabajo haya desaparecido, etc., y el empresario no puede ejercer la opción por la readmisión, que se tenga por hecha la opción por la indemnización. Será el juez quien decida sobre esa solicitud, a tenor de las circunstancias, declarar extinguida la relación laboral en la propia sentencia y condene al empresario al pago de la indemnización por despido improcedente, calculada hasta la fecha de la sentencia. Y aquí viene el cambio, desaparecen los salarios de tramitación a los que el trabajador tenía derecho en la legislación anterior. En este caso el periodo de tiempo contemplado para el cómputo de la indemnización se amplía desde el despido hasta la sentencia, por lo que el importe de la indemnización aumenta y se evita seguir con el proceso, al quedar en ese momento terminado.

Pero puede pasar que al demandante, aunque se den las circunstancias antes descritas, como son el cese o el cierre de la empresa y que el empresario no comparezca ante el tribunal, no le interese pedir la opción por la indemnización. Entonces el juez, a falta de manifestación expresa del empresario por la opción entre indemnización o readmisión, deba aplicar el punto 3 del art.56 de ET, donde se dice que: “en el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera”.

Si se da la posibilidad anterior, el trabajador podrá iniciar el proceso de ejecución de las sentencias firmes de despido (arts. del 278 al 286 de LRJS). En este caso se aplicará el art. 286.1 LRJS, que a su vez remite al 281.2³⁶ LRJS para aplicar los

irregularidades sobrevenidas. Pronunciándose el Tribunal en el F.D. 2º como sigue: “*Deja meridianamente claro que "se aplicará únicamente a los 'contratados como fijos' y, por ello, pertenecientes a la 'plantilla de personal fijo' o sea a los titulares de los puestos de trabajo relacionados en el 'catálogo de puestos de trabajo' regulado en los artículos 9 y siguientes del indicado Convenio*". El Tribunal Supremo aplica la misma doctrina en la sentencia nº 7253/2011, de fecha 3 de octubre de 2011.

³⁶ “2. Dentro de los tres días siguientes, el juez dictará auto en el que, salvo en los casos donde no resulte acreditada ninguna de las dos circunstancias alegadas por el ejecutante:

a) Declarará extinguida la relación laboral en la fecha de dicha resolución.

b) Acordará se abone al trabajador las percepciones económicas previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores. En atención a las circunstancias concurrentes y a los perjuicios ocasionados por la no readmisión o por la readmisión irregular, podrá fijar una indemnización adicional de hasta quince días de salario por año de servicio y un máximo de doce mensualidades. En ambos casos, se prorratearán los periodos de tiempo inferiores a un año y se computará, como tiempo de servicio el transcurrido hasta la fecha del auto.

efectos allí regulados ante la imposibilidad de readmisión del trabajador. Siendo uno de efectos el cobro de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la fecha de auto³⁷.

Según el despacho de abogados Denver abogados y asesores tributarios, la aplicación del apartado b) del art. 110.1 LRJS en la práctica judicial, ha dado lugar a sentencias con efectos diferentes en cuanto al derecho al cobro de los salarios de tramitación cuando el trabajador ha solicitado la opción por la indemnización, ante un despido calificado como improcedente y ante la imposibilidad de readmisión. La mayoría de las sentencias³⁸ entienden que en estos casos no se generarán salarios de tramitación.

Será el trabajador en cada caso el que decida que opción le conviene. Debiendo tener en cuenta la cantidad que podrá cobrar del FOGASA, en caso de insolvencia del empresario, según los límites actualmente establecidos de 120 días (art. 33.1 ET).

4.1.4 Artículo 111.1. b), Efectos del recurso contra la sentencia de declaración de improcedencia del despido LRJS

La modificación llevada a cabo en este artículo primero por el RDL 3/2012 y mantenido en la L 3/2012, consiste en la desaparición de los salarios de tramitación mientras no se resuelva el recurso, independientemente de si este ha sido presentado por el trabajador o el empresario, y siempre y cuando el empresario haya optado por la indemnización en el momento de la sentencia de instancia. El cambio consiste en la supresión de la expresión "ni el abono de salarios", quedando el resto de efectos iguales a como estaban anteriormente legislados.

Se generarán este tipo de salarios cuando el empresario opte por la readmisión del trabajador, solo en el supuesto de que sea el trabajador quien haya presentado el recurso, y en la sentencia del recurso se eleve la cuantía de la indemnización. En

c) Condenará al empresario al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de la notificación de la sentencia que por primera vez declare la improcedencia hasta la de la mencionada solución."

³⁷ STS 882/2016, de 19 de enero de 2016, (rec. 2062/2014), en su F.D. 4º su punto 3 establece: los plazos establecidos en la normativa procesal debe entenderse como procesales salvo que se establezca otra cosa (arts. 182 y 185 LOPJ , 43.3 LRJS , 133.2 y 4 supletoria LEC -" 2. En el cómputo de los plazos señalados por días se excluirán los inhábiles " y " 4. Los plazos que concluyan en sábado, domingo u otro día inhábil se entenderán prorrogados hasta el siguiente hábil "-, 134 LEC), lo que aquí no acontece (arts.278 a 280 LRJS);

³⁸ La sentencia de fecha 2 de octubre de 2013, del TSJ de Castilla y León, en el único F.D. dice que si el trabajador ha optado por la indemnización durante el proceso y juicio, no le corresponden los salarios de tramitación al haber desaparecido estos cuando se opte por la indemnización (art. 56.1 ET).

ese momento el empresario vuelve a tener la opción entre indemnizar por el nuevo importe o a readmitir al trabajador abonándole los salarios de tramitación que medien entre la fecha en la que tomó la primera decisión y la comunicación de la sentencia del recurso. A la cantidad que asciendan los salarios de tramitación, se descontará la que el trabajador haya percibido en concepto de desempleo involuntario.

En el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores se incluyen todos los cambios que había sufrido el ET de 1995 a lo largo de los últimos 20 años. Es el resultado del artículo Uno. d) de la Ley 20/2014, de 29 de octubre, por el que se autoriza al Gobierno a aprobar un texto refundido en el que se integrasen, debidamente regularizadas, aclaradas y armonizadas, el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y todas las disposiciones legales relacionadas que se enumeran en ese apartado, así como las normas con rango de ley que las hubieren modificado (Preámbulo RDL 2/2015). Y por supuesto dentro de las disposiciones legales relacionadas se incluye la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

4.2 Pago de los salarios de tramitación por el Estado

Es inicialmente en el art. 56.5 del ET (RDL 8/1980) donde se establece que será el Estado quien *“Cuando la sentencia de la jurisdicción competente que declare la improcedencia del despido se dicte transcurridos más de sesenta días desde la fecha en que se presentó la demanda, el abono de la percepción económica a que se refiere el apartado b) del número uno de este artículo, correspondiente al tiempo que exceda de los dos meses antes señalados, será por cuenta del Estado.”*

Estos salarios de tramitación que se originaban por superar el plazo de los 60 días de tramitación, se podían reclamar al Estado siguiendo un procedimiento después de que la sentencia fuera firme. Es mediante el Real Decreto 924/1982, de 17 de abril, sobre reclamaciones al Estado por salarios de tramitación en juicios por despido, como se articula el procedimiento a seguir.

Se establece quién, cuándo, cómo y ante qué organismo debe hacerse. Principalmente era el trabajador³⁹ quien podía reclamar los salarios de tramitación que

³⁹ LPL. ART. 114. Si desde la fecha en que se tuvo por presentada la demanda por despido hasta la de la sentencia de la magistratura que declare su improcedencia, hubieran transcurrido más

superasen los 60 días desde que se daba por presentada la demanda a la fecha en que la sentencia fuera firme y a su favor (art.1.a) RD 924/1982). Eran por cuenta del Estado todos aquellos salarios que excedieran de sesenta días desde que se tuviera por presentada la demanda (art. 1. b) RD924/1982) y solo los podía reclamar el empresario cuando la sentencia del Tribunal superior declarase *“procedente el despido, siendo el empresario el recurrente y habiéndose optado por la indemnización, supuesto en el que el empresario tendrá derecho a ser resarcido por el Estado de los salarios abonados durante la tramitación del recurso, si no hubiere utilizado los servicios del trabajador, siempre que tales salarios se hayan pagado puntualmente y con los requisitos legales”* (art. 1. c) RD 924/1982) y el art. 227⁴⁰ LPL de 1980

El art. 114 de la LPL de 1980, establecía que era el trabajador quien debía reclamar los salarios de tramitación que superaran esos 60 días establecidos como máximo por vía administrativa. El Estado debía resolver en un plazo de 30 días y solo en caso de denegársele o por silencio administrativo podía recurrir ante el juzgado de lo social en un plazo de 15 días.

En el artículo 115 de la LPL de 1980 se decían los días que no se debían tener en cuenta, desde la fecha del despido hasta al momento que se dictara la sentencia y esta fuera firme, para el cómputo de los 60 días.⁴¹

de sesenta días hábiles, el trabajador, una vez firme la que obtuvo a su favor, podrá reclamar al Estado el pago de los salarios que excedan de esos sesenta días.

⁴⁰ LPL (1980) art. 227. Cuando en los juicios donde se ejerciten acciones derivadas del despido o de decisión extintiva de las relaciones de trabajo, la sentencia de la Magistratura declare su nulidad o improcedencia y el empresario interpusiera alguno de los recursos autorizados por la ley, este vendrá obligado, mientras dure la tramitación del recurso, a satisfacer al recurrido la misma retribución que viniera percibiendo con anterioridad a producirse aquellos hechos, y continuara el trabajador prestando sus servicios, a menos que el empresario prefiera hacer el abono aludido sin compensación alguna.

La misma obligación tendrá el empresario si el recurso lo interpusiese el trabajador y se hubiese optado por la readmisión.

Cuando el empresario fuese recurrente y se hubiere optado por la indemnización, si la sentencia del tribunal superior declara procedente el despido, aquel tendrá derecho, si no hubiere utilizado los servicios del trabajador, a ser resarcido por el Estado de los salarios abonados durante la tramitación del recurso, siempre que estos se hayan pagado puntualmente y con los requisitos legales.

⁴¹ LPL (1980) “Art. 115. A efectos del cómputo del tiempo que exceda de los sesenta días a que se refiere el número cinco del artículo cincuenta y seis del estatuto de los trabajadores, se entenderán excluíbles del mismo los siguientes periodos:

1. los días que sobrepasen el plazo señalado en el párrafo segundo del artículo 10 de esta ley.
2. el tiempo que dure la tramitación del proceso instando el beneficio de justicia gratuita.
3. el tiempo transcurrido en la sustanciación del incidente de recusación de los magistrados, cuando esta fuere desestimada.
4. los supuestos previstos en el párrafo segundo de los artículos 54 y 72 de esta ley.
5. el período en que estuviere suspendido el curso de los autos por cualquiera de las causas mencionadas en el párrafo primero del artículo 74 de esta ley.

El RD 924/1982, de 17 de abril, sobre reclamaciones al Estado por salarios de tramitación en juicios por despido fue derogado el 18 de junio de 2014, al ser sustituido por el Real Decreto 418/2014, de 6 de junio, por el que se modifica el procedimiento de tramitación de las reclamaciones al Estado por salarios de tramitación en juicios por despido.

El RD 418/2014, de 6 de junio, surge ante la necesidad de actualizar el procedimiento vigente hasta el momento al haberse introducido cambios importantes en las Leyes que le afectan.

El primer motivo importante que fue forzando esta necesidad de cambio, es la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Esta reguló las reclamaciones al Estado del pago de salarios de tramitación en juicios por despido, introduciendo una preceptiva reclamación administrativa previa y especificando los periodos de tiempo que no se tendrían en cuenta para el cómputo de los 60 días, cuyo transcurso da lugar a la asunción por el Estado de los salarios de tramitación, (preámbulo del RD 418/2014). Se trataba de dos modificaciones.

1. Se añadió el punto 3 en el art. 117 de LRJS. En este nuevo punto se remite al plazo de caducidad de la acción que se establece en el art. 59.2 del ET (1995), Prescripción y caducidad⁴². Al ser el trabajador readmitido por el empresario, el contrato de trabajo está en vigor, por lo que bien el empresario o el trabajador, en caso de insolvencia provisional del empresario, dispondrán de un año para efectuar la reclamación al Estado de estos salarios de tramitación.
2. Del mismo modo se incluye en el art. 119.1.a) de LRJS, el supuesto de exclusión del cómputo de los 60 días, el tiempo invertido en la subsanación de la demanda, por no haber acreditado la celebración de la mediación. Este medio de llegar a un acuerdo entre las partes no se admitía o simplemente no se había incluido anteriormente.

6. el tiempo que dure la suspensión a que se refiere el párrafo segundo del artículo 77 de la misma.

En los supuestos que se mencionan en este artículo, el magistrado, apreciando libremente las pruebas practicadas, decidirá si los salarios correspondientes al tiempo comprendido en tales casos han de correr a cargo del estado o del empresario. “

⁴² Art. 59.2 ET (1995) “2. Si la acción se ejercita para exigir percepciones económicas o para el cumplimiento de obligaciones de tracto único, que no puedan tener lugar después de extinguido el contrato, el plazo de un año se computará desde el día en que la acción pudiera ejercitarse.”

El segundo motivo vino de la reforma efectuada por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, se modifica el artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores, quedando restringido el derecho al cobro de salarios de tramitación a los supuestos en que, habiéndose declarado el despido como improcedente, se opte por la readmisión del trabajador, (preámbulo del RD 418/2014). Hasta la fecha los salarios de tramitación se generaban independientemente de si el empresario optaba por la indemnización o la readmisión, salvo las limitaciones introducidas por la Ley 45/2002, recuérdese el “despido exprés”.

El tercer motivo lo produjo el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, modificó el artículo 57 del Estatuto de los trabajadores, elevando de sesenta a noventa el número de días hábiles necesarios para que el empresario pueda reclamar del Estado el abono de los salarios de tramitación, a contar desde la fecha en que se presentó la demanda hasta la fecha en que se declaró la improcedencia del despido, (preámbulo del RD 418/2014).

El cuarto y último motivo, según el preámbulo de este RD, es la necesidad de agilizar el procedimiento, pasando a atribuir, por un lado, a las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno la competencia para instruir y emitir la propuesta de resolución de las reclamaciones al Estado por salarios de tramitación, y, por el otro, a la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia la competencia para resolver y, en su caso, efectuar el correspondiente pago derivado de tales reclamaciones. Se trataba de resumir y clarificar todos los cambios que se habían llevado a cabo en materia de competencias de los diferentes órganos del Estado a través de varios Reales decretos.

4.3 Naturaleza de los salarios de tramitación

La naturaleza indemnizatoria o *salarial* de los salarios de tramitación según A. Esteve (2011), sigue siendo uno de los más enconados debates teóricos en la doctrina científica laboral. Hasta la fecha se han mantenido dos tesis principales:

1. La conceptualización de éstos como una indemnización, al entenderse como una sanción al empresario por un despido injusto. La naturaleza indemnizatoria se apoya, entre otros elementos, en el hecho de que se abonen sin contraprestación de actividad laboral, aunque pueda procederse a la compensación del empresario por los ingresos que haya obtenido el trabajador en otro trabajo hasta que se dicte

la sentencia y que corran a cuenta del Estado a partir de la demora en la obtención de la solución judicial.

2. La tesis contrapuesta ha defendido la naturaleza salarial de los salarios de *tramitación*, como una compensación de una actividad laboral no prestada como consecuencia de un despido injusto del empresario, viniendo a recomponer los efectos normales de la relación laboral tras la sentencia y cuando el empresario opta por la readmisión. A favor de esta naturaleza salarial se aludiría a la obligación de mantener al trabajador de alta durante ese período como si estuviera trabajando y su consideración como de ocupación cotizada; y en segundo lugar, al hecho de que la protección por desempleo nazca, en los supuestos en los que existan salarios de tramitación, precisamente, cuando finalice el período de los mismos. (Esteve, A. 2011, 143)

Los salarios de tramitación son considerados por la jurisprudencia como una indemnización compensadora al trabajador, por haber perdido los ingresos derivados de su trabajo, al haber sido despedido por el empresario de manera improcedente o nula. Un ejemplo de esta tendencia sería la sentencia del Tribunal Supremo 8980/2011, de 19 de diciembre de 2011, donde se argumenta en esencia que: *“la indemnización que supone la condena al pago de los salarios de tramitación satisface la privación de salario durante la tramitación de la causa”* e incluye la mención de otras sentencias como el rcud. 3044/1997, rcud.3282/2009, rcud. 3453/2010 y la sentencia de 1 de Marzo de 2004 (Recurso 4846/02)⁴³, citada a su vez en la de 5 de Mayo de 2004 (Recurso 1957/03), las dos del mismo tribunal. Es en el F.D. 3º, en el apartado 2, donde señala que *“los salarios de tramitación están concebidos como cantidad de dinero a percibir como reparación de la falta de ingresos del trabajador, durante la tramitación de un proceso que concluye con la declaración de improcedencia o nulidad de su despido”*.

J.L. Montero (2014, 302) considera que aunque nuestros tribunales parecen decantados en los últimos años por la naturaleza indemnizatoria, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (STJCE de 12 de diciembre de 2002) parece inclinarse por su carácter salarial.

La Sentencia del STJCE 375, de 12 de diciembre de 2002, reconoce en su parte dispositiva el carácter retributivo de los salarios de tramitación al considerarlos como deudas del empresario a favor de los trabajadores asalariados derivados del contrato

⁴³ STS 1374/2004, 1 de marzo de 2004, en su F.D. 4º, párrafo 2º, reitera la naturaleza indemnizatoria de los salarios de tramitación.

de trabajo o de relaciones laborales. En el F.D. 6º de la STS nº 7507/2005 en contestación al recurso para unificación de doctrina 3429/2004, dice textualmente *“en dicha sentencia el indicado Tribunal resolvió una consulta relacionada con los salarios de tramitación y aun cuando aceptó que los pactados en conciliación judicial fueron abonados por el Fondo de Garantía Salarial lo hizo sobre el argumento fundamental de que se trataba de unos salarios y por ello de unas «retribuciones» en el sentido que se deduce de los art. 1, 2 y 3 de la Directiva 90/987/CEE (sic), de 20 de octubre de 1980⁴⁴ (LCEur 1980, 432) , razón por la que entendió que si el Fondo de Garantía Salarial conforme al art. 33.1 ET (RCL 1995, 997) hacía frente al pago de salarios pactados en conciliación carecía de sentido, desde la aplicación del principio comunitario de igualdad de trato que a estos «salarios» se les diera un trato diferente, que por ello lo consideró injustificado; todo lo cual tenía su origen en el hecho de que el art. 33.1 párrafo segundo ET considera auténticos salarios «a los anteriores efectos», o sea a los efectos concretos de que el Fondo de Garantía se haga cargo de ellos en caso de insolvencia del empleador, «a los salarios de tramitación»”.*

Según I. García-Perrote (2012, 373) el nuevo modelo establecido para los salarios de tramitación puede tener repercusiones sobre su configuración teórica. Dice que aunque se haya tendido a considerar que no tienen naturaleza salarial sino indemnizatoria, el nuevo diseño que se les ha dado en la legislación vigente, apunta en mayor medida hacia su consideración salarial, pues en los casos que se siguen cobrando se asocian a los impedimentos que pone la empresa a que el trabajador preste sus servicios y con el tratamiento que se les da a estos salarios en el art. 30 del ET.

Pero por el momento, se sigue manteniendo la doctrina de considerar a los salarios como una indemnización del trabajador, su naturaleza indemnizatoria. En la sentencia del Tribunal Supremo nº 1891/2013, de 12 de marzo de 2013, en su F.D. 3º, se sigue apelando a la naturaleza indemnizatoria de los salarios de tramitación.

⁴⁴ La Directiva 80/987 CEE del Consejo establece en su art, 3.1 “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias a fin de que las instituciones de garantía aseguren, sin perjuicio del artículo 4, el pago de los créditos impagados de los trabajadores asalariados que resulten de los contratos de trabajo o de relaciones laborales y que se refieran a la retribución correspondiente al periodo anterior a una fecha determinada. Estas deudas serán saldadas en las cuantías que los Estados miembros establezcan a través de las “Instituciones de Garantía”, en España el Fondo de Garantida Salarias (FOGASA).

5. La jurisprudencia sobre los salarios de tramitación

5.1 STSJ Galicia, de 10 de septiembre 2015 (rec. 2150/2015)

En este caso la controversia se centra en la aplicación del art. 110.1.b) de la LRJS, ante la imposibilidad de la actora de reincorporarse a su puesto de trabajo, tras un periodo de incapacidad temporal, al haber cerrado la empresa.

La actora presentó demanda contra la empresa y el FOGASA. En cuya sentencia se dice: “Estimo la demanda formulada por D.^a Eloisa, frente a la empresa BUMA GALICIA, S.L., y EL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, y declaro la improcedencia del despido de que fue objeto con fecha 28-11-14, y estando la empresa cerrada, deviniendo irrealizable que ejercite la opción a favor de la readmisión, declaro en esta fecha extinguida la relación laboral que unía a las partes, condenando a la demandada a estar y pasar por estas declaraciones, así como a que abone a la actora en concepto de indemnización la cantidad de 12.269,47 euros, y **por los salarios de tramitación** del periodo 28-11-14 a esta fecha (05-03-15), la cantidad de 3.397,91 euros (97 días x 3.503 euros/día).”

Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por el FOGASA.

El TSJ de Galicia para estimar o no el recurso de suplicación 2150/2015 presentado por el FOGASA, se basa en el estudio del contenido del art. 110.1.b) LRJS. Como expone ese TSJ, este precepto legalizó una práctica existente, bastante extendida en los Juzgados de lo Social. De este modo se aliviaba la tramitación del proceso judicial, se facilitaba la gestión, por los trabajadores afectados, de prestaciones de desempleo y garantía salarial, y se aquilataba el coste de la empresa al suponer una paralización de los salarios de tramitación sin esperar a la resolución en la ejecución de sentencia.

Para poder llegar a una conclusión realiza una interpretación literal, una interpretación sistemática y una interpretación finalista del artículo 110.1.b). Siendo esta última la siguiente:

“si esa norma se introdujo legalizando un uso forense sustentando en argumentos de economía y de practicidad, esas finalidades quedarían totalmente desvirtuadas si se interpretase que, con su aplicación, se perderían los salarios de tramitación devengados entre la fecha del despido y la notificación de la sentencia de improcedencia, que, sin embargo, no se perderían si no se solicita su aplicación, pues, al estar desaparecida la empresa no podría optar por la indemnización, aplicándose entonces los artículos 279 y 284 LRJS, que consolidarían dichos salarios. O sea, se

penalizaría la aplicación del artículo 110.1.b) LRJS con la pérdida de los salarios de tramitación devengados entre la fecha del despido y la notificación de la sentencia de improcedencia, lo cual -se insiste- iría contra las finalidades y las utilidades prácticas de la norma”.

5.2 STS 5007/2012, de 11 de junio de 2012 (rec. 3860/2011)

Se trata de un recurso de casación para unificación de doctrina que tiene por objeto determinar si, en el caso de despido declarado improcedente por no readmisión del trabajador después de su excedencia especial conforme al convenio, procede el abono de salarios de tramitación.

El actor prestaba sus servicios para el organismo público PUERTOS DEL ESTADO mediante un contrato indefinido, como personal laboral fijo, desde el 1-5-1995, con la categoría de Director Adjunto. En la cláusula octava de su contrato se estipulaba tendrá derecho a una excedencia especial con reserva del puesto de trabajo y cómputo de antigüedad. El demandante solicitó el 26 de febrero de 1996 una excedencia especial, conforme a la cláusula octava de su contrato de trabajo, para trabajar en la empresa PORTEL. Con fecha 18 de mayo de 2010 la empresa PORTEL ha comunicado al demandante la extinción de su contrato de trabajo, por su inclusión en el ERE 85/2010. El demandante el 19.05.2010 presentó escrito solicitando su reingreso inmediato en el Organismo demandado con la antigüedad de 1 de mayo de 1993 y con el salario que estimaba de 107.000 euros brutos. El actor no pudo ser reincorporado porque su anterior puesto de trabajo se había externalizado. Por lo cual presentó reclamación previa ante el org. Puertos del Estado. La solicitud de reingreso del demandante fue desestimada, el 10.06.2010 fundamentándose en "la inexistencia de vacantes adecuadas a su categoría, funciones y desempeño profesional, como consecuencia de la necesidad de aplicar las medidas de austeridad dictadas por el Gobierno". El actor presentó demanda en el juzgado de instancia, en cuya sentencia se dice:

"Que estimando parcialmente la demanda formulada por D. Donato contra el organismo público PUERTOS DEL ESTADO debo declarar y declaro improcedente el despido de la parte actora de fecha de 19 DE MAYO de 2010, condenando a la parte demandada a que, a su elección que deberá manifestar en el plazo de los cinco días siguientes al de la notificación de esta sentencia, le readmita en su mismo puesto de trabajo o le indemnice en la suma de 16.749,66 euros, entendiéndose que de no

hacerlo en el plazo indicado opta por lo primero, así como en cualquier caso el abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución a razón de 120,84 euros diarios, sin perjuicio de la incompatibilidad que provengan de otras situaciones salariales o prestacionales"

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Donato. En la Sentencia del TSJ de Madrid dice:

“con estimación en parte de la demanda declaramos que el cese del actor constituye un despido improcedente y condenamos a la demandada a estar y pasar por la precedente declaración, pudiendo optar, en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la presente resolución, mediante escrito o comparecencia, entre readmitir al demandante en su puesto de trabajo o indemnizarle en la cantidad de 17.103, 18 euros.” En este fallo no se contemplan los salarios de tramitación. El TSJ de Madrid dice que no proceden.

Esta sentencia fue recurrida ante el Tribunal Supremo mediante un recurso en unificación de doctrina. Se trata de determinar si procede o no el abono de salarios de tramitación cuando se ha declarado la improcedencia del despido por no reingresar el trabajador tras un periodo de excedencia -especial en un caso y voluntaria en otro. En la sentencia de este recurso en el F.D.3º, el Tribunal explica el porqué del cambio de doctrina:

La cuestión ha sido objeto de unificación en la reciente sentencia de esta Sala, acabada de citar, de 19 de diciembre de 2011 (rcud. 218/11 que, rectificando la doctrina anterior sostenida, entre otras, en la de 14/10/05 (rcud. 4006/04) que sirve de apoyo a la sentencia ahora recurrida, establece: "Los diversos criterios contenidos en las sentencias de casación unificadora referidas, obligan, por razones de seguridad jurídica acordes con la finalidad de este recurso, a que por esta Sala se concrete la doctrina que entienda jurídicamente como más correcta. Asumiendo esencialmente los razonamientos contenidos en nuestras resoluciones en las que, -- ya sea referidas directamente a salarios de tramitación derivados de la declaración judicial de despido improcedente de un trabajador excedente (STS/IV 12- marzo-2003 -rcud 2757/2002) o recaídas en procesos derivados del ejercicio de la acción tendente al reingreso del trabajador excedente cuya obligación de readmisión incumple la empresa (entre otras, SSTs/IV 2-octubre-1992 -rcud 39/1992,15-junio- 2004 -rcud 3305/2003y10-junio-2009 -rcud 1333/2008) --, se llega a la conclusión de que si bien durante el periodo durante el que el trabajador permanece en situación de excedencia voluntaria no tiene derecho a salarios pero que, cuando la empresa incumple con la obligación de readmisión, la

consecuencia es la de que la situación del trabajador excedente no readmitido injustamente desde la fecha en que debería haberse cumplido la obligación de readmitir es análoga a la del trabajador injustamente despedido a partir de la fecha del despido, con obligación indemnizatoria de perjuicios en ambos casos (bajo la forma de salarios de tramitación o de indemnización compensatoria), la Sala entiende que, -- rectificando la doctrina últimamente sustentada (contenida, entre otras, en las citadas SSTS/IV 26-junio-1998 -rcud 3044/1997 , 14-octubre-2005 -rcud 4006/2004 , 12- julio-2010 -rcud 3282/2009 y 3-mayo-2011 -rcud 3453/2010) --, **debe fijarse como doctrina unificada que la declaración judicial de improcedencia del despido de un trabajador en situación de excedencia voluntaria por negativa, expresa o tácita, empresarial al reingreso conlleva el abono de salarios de tramitación desde la fecha en que se fije como la del despido y en aplicación de las normas generales sobre nulidad o improcedencia del despido".**

5.3 STS 5065/2015, de 20 de octubre de 2015

Esta sentencia responde al recurso para unificación doctrina 1412/2014, presentado por un trabajador ante un despido el cual es calificado en instancia como improcedente. El motivo del presente recurso se presenta con el fin de que se le reconozca el periodo de tiempo posterior a la sentencia de instancia, hasta la del auto donde se determina la extinción de la relación laboral. Periodo de tiempo que el actor considera debe tenerse en cuenta para el cómputo de la antigüedad, además de generar los salarios de tramitación correspondientes. Esta sentencia contiene un voto particular.

Resumen de los antecedentes de hecho:

El actor presentó demanda por despido el 07/02/2011, la cual es resuelta mediante sentencia el día 30/09/2011, donde se condena a la empresa que opte por la indemnización o a la inmediata readmisión, abonando en ambos casos los salarios de tramitación correspondientes. Ante esto, la empresa opta por la readmisión en el puesto de trabajo, puesto de trabajo en Chile el 01/03/2012. Tras varias comunicaciones entre las partes el trabajador presentó un incidente de no readmisión. El auto resolutorio de este declaró injustificado el incumplimiento del trabajador, y le condena a la pérdida de los salarios de tramitación.

El actor interpuso recurso de suplicación, ampliando la demanda, dictando sentencia el 18/05/2012, donde se condena de manera solidaria a las empresas del grupo,

manteniendo la opción entre indemnización o readmisión, con los correspondientes salarios de tramitación en ambos casos. Una vez firme esta sentencia, el actor intentó su ejecución definitiva y que se despachase por vía de incidente de no readmisión. Tras varios autos sobre la posible readmisión o no, finalmente fueron desestimados y se mantenía la ejecución de la sentencia en los mismos términos, reincorporación en Chile. Ante esto, el actor presentó recurso de suplicación, en cuya sentencia se fija: en la que se llega a la conclusión de que la **readmisión** fue **irregular** con las consecuencias inherentes que fija en su fundamento cuarto, y condena a las codemandadas al pago de una cantidad según la antigüedad del trabajador que cifra en 50.614,20 €, la misma fijada por la sentencia del juzgado que por primera vez declara la improcedencia. Al no incluir los salarios de tramitación que en su día le reconocieron que tenía derecho, pide aclaración de esta sentencia. La sala lo considera correcto el cálculo y establece: considera correcto el cálculo conforme a una antigüedad del 15 de octubre de 2007 y tomando en consideración la fecha del despido, el 30 de septiembre de 2011, sobre un total de 1.447 días trabajados. Se rechaza la pretensión de extender la indemnización hasta la fecha de la extinción, el 31 de octubre de 2013, que supone un total de 73 meses. Ambas partes recurren esta sentencia, formulando sendos recursos de casación para unificación de doctrina.

El trabajador tiene la pretensión de que la antigüedad computable para calcular la indemnización se extienda desde la fecha de inicio de prestación de servicios hasta la de la resolución que declara extinguida la relación laboral[STSJ Cantabria 31/10/2013], por no **readmisión** o **readmisión irregular**.

El Tribunal Supremo para resolver estos recursos se basa en los arts. 110.1, 281.2.b), 299 de la LRJS, además del art. 56.1 ET. Es en el F.D. 7 donde dirime la solución. El Tribunal interpreta el art. 281 LRJS y considera que cuando se reanuda la relación laboral por opción expresa o tática legal del empresario (art. 56.3 ET) *“justifica plenamente que se compute como «prestación de servicios» el periodo de tiempo que media entre la sentencia declaratoria de la improcedencia y el Auto que declara la extinción del contrato de trabajo, habida cuenta de que tal periodo es retribuido [excepción hecha del tiempo de acreditado trabajo para un tercero] y que la falta de prestación de servicios únicamente puede ser imputada a la conducta empresarial; y ello aún en el supuesto de que ese periodo pudiera no ser retribuido, al haberse prestado servicios por cuenta de un tercero y se acredite el importe de lo percibido, pues aún en este caso parece razonable que sea computado como tiempo de servicios, en tanto que la situación únicamente puede atribuirse a la empresa, autora del ilegítimo despido”*.

En el punto 2 del F.D. 7º, considera que cuando la ausencia de prestación de servicios es atribuible, como en los autos, a la exclusiva voluntad del trabajador, no da derecho a los salarios de sustanciación (art. 299 LRJS). Pero aunque el art. 281.2.b) *“proclama que a los efectos de calcular la indemnización en la ejecución definitiva « se computará, como tiempo de servicio, el transcurrido hasta la fecha del auto»*, pero esa declaración que el precepto hace entendemos que exclusivamente contempla el supuesto ordinario - reanudación de la relación laboral, real prestación de servicios y correlativa retribución salarial de sustanciación- y no la anómala situación en la que, pese a haberse reanudado la relación laboral por el ofrecimiento de **readmisión**, ésta no se produce, con la consecuencia de que no medien ni prestación de servicios ni tampoco derecho a salarios de trámite, porque el trabajador así lo ha decidido por su exclusiva voluntad. Y no encontramos razón alguna para dar el mismo tratamiento a situaciones tan disímiles,...”. Y les parece normal que aunque se rescinda una relación laboral por vía de ejecución de sentencias firmes ante un incidente de no readmisión, como el trabajador no ha trabajado porque él no ha querido, no ha prestado sus servicios a la empresa, y por lo tanto no se le concede a ese periodo de tiempo derecho al cobro de los salarios de tramitación. Dicen que la decisión de no prestar sus servicios por parte del trabajador, no se contempla en ninguna de las situaciones laborales establecidas en el ET de suspensión de contrato. No admiten el recurso de casación para unificación de doctrina.

En el Voto particular de la magistrada Dña. María Luisa Segoviano y otros. Se alude a que en escrito de recurso de casación para la unificación de doctrina del trabajador se limita a solicitar que, para el cálculo de la indemnización, se tenga en cuenta el periodo transcurrido desde la fecha del despido hasta la del auto declarando la extinción de la relación laboral. El trabajador a pedido que se le reconozca una cosa, y el Tribunal ha dirimido sobre otra. La sala de Tribunal Supremo se centra en que el trabajador pierde los salarios de tramitación, pero se olvida de resolver si ese periodo de tiempo computa como antigüedad. La magistrada repasa los hechos probados y repasa los art. 281.1, 281.2.b), 297 y 299 LRJS además del art. 56 ET. Es en el apartado i)⁴⁵

⁴⁵ i) La situación no es análoga a la que supone la excedencia voluntaria -fundamento de derecho séptimo, apartado 2- regulada en el artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores .

A este respecto hay que precisar:

- La excedencia voluntaria se produce por la exclusiva voluntad del trabajador -y subsiguiente concesión

del empresario- que, por su exclusivo interés, solicita se le conceda la misma. La ejecución provisional de la sentencia de despido deriva de un acto ilícito del empresario -despido declarado improcedente por resolución judicial- frente a la que se ha interpuesto recurso de suplicación (o, en su caso, los restantes recursos previstos en la ley).

-La ejecución provisional se produce en el ámbito procesal, en tanto la excedencia, sin perjuicio de que

donde se resume toda su valoración, y en el F.D. 6º donde a su parecer y el de otros dicta: "Por todo lo razonado entiendo que la sentencia debió estimar en su integridad el recurso formulado por el trabajador, en el sentido de que la indemnización por el despido improcedente del trabajador ha de calcularse computando el periodo transcurrido desde el inicio de la relación laboral hasta el auto que declara la extinción de la citada relación laboral".

en alguna ocasión acarree una intervención judicial, se produce en el ámbito de la relación laboral.

-La situación de excedencia voluntaria puede desembocar en una reanudación de la relación laboral o, caso de que no exista vacante de igual o similar categoría en la empresa (artículo 48.5 ET) dicha relación puede no reanudarse nunca, sin que ello comporte derecho a indemnización alguna.

La ejecución provisional finaliza cuando recaiga sentencia resolutoria del recurso pendiente. Si confirma

la improcedencia del despido y el empresario opta por la readmisión, se reanuda la relación laboral. En

caso de que opte por la indemnización , se extingue el contrato con derecho al percibo de la pertinente indemnización.

-Durante la situación de excedencia el contrato está suspendido, sin que exista relación laboral alguna

entre empresario y trabajador.

Durante la ejecución provisional, aunque el trabajador no haya atendido al requerimiento de prestación

de servicios efectuado por el empresario, si ésta ha optado por la readmisión, el trabajador es titular de un derecho potencial a la readmisión, situación jurídica activa establecida por la sentencia de instancia, cuya efectividad está pendiente de una especie de "condición suspensiva" que es la confirmación de dicha sentencia por la sentencia que resuelva el recurso. (STS de 11 de diciembre de 2012, recurso 782/2012).

- La excedencia voluntaria exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo,

sin ninguna otra previsión legal a efectos de la incidencia del periodo de excedencia en el cálculo de la

indemnización por despido.

El periodo transcurrido desde la sentencia que declara La improcedencia del despido hasta el auto que

declara extinguida la relación laboral, exista o no ejecución provisional, "computará como tiempo de servicios", a efectos del cálculo de la indemnización por despido improcedente (artículo 281 b) LRJS).

6 CONCLUSIONES

1. En España el despido de un trabajador es causal, se pueden realizar despidos disciplinarios, por causas objetivas legalmente establecidas y despidos colectivos por causas económicas técnicas, organizativas, de producción o por fuerza mayor. Todo despido, sea cual sea su causa, se puede impugnar judicialmente y deberá ser calificado en sentencia por un juez. A pesar de cada tipo de despido tiene su modalidad procesal propia, la modalidad que se establece para el despido disciplinario actúa como norma común en todas las demás formas extintivas de la relación laboral, por lo que se aplican los efectos del despido disciplinario.
2. Para el cálculo de los salarios de tramitación se tienen en cuenta los salarios que ha percibido el trabajador en los 12 últimos meses. Se deben de estudiar, en cada caso, la naturaleza de todas las retribuciones que ha recibido el trabajador, si estas son acordes con lo pactado entre las partes y cumplen con la legislación aplicable. El cálculo del salario día debe ser debatido y fijado en el proceso judicial por despido, ya que sobre este acuerdo se basará el cálculo de la indemnización por despido y los salarios de tramitación en caso de improcedencia o nulidad.
3. El concepto de salarios de tramitación, en cuanto a que salarios corresponden y su duración, se ha mantenido de manera similar desde su aparición en 1928 hasta nuestros días. Sigue comprendiendo los salarios que ha dejado de percibir el trabajador desde el despido hasta su readmisión y que estos deben ser abonados por el empresario. Siempre se ha mantenido que de este tipo de salarios se podrá descontar lo que el trabajador haya recibido en otro trabajo antes de la sentencia, aunque en la actualidad se permite descontar de su importe más conceptos como es la percepción del trabajador de prestaciones por IT.
4. Los despidos nulos se contemplan por primera vez en la legislación laboral en 1947 y se declaraban como tales cuando había un defecto de forma en el procedimiento en que se había llevado a cabo el despido. Sus efectos tras la calificación judicial como despido nulo siempre han sido los mismos, la condena al empresario a la readmisión del trabajador en su puesto de trabajo y al abono de los salarios correspondientes a los días que medien entre la fecha del despido y aquel en que la readmisión tenga lugar sigue vigente hasta nuestros días. Las modificaciones sufridas han sido sobre los motivos por los que un despido podía ser calificado como nulo. Se han ampliado los supuestos en los que cabía esta

calificación como es la vulneración de derechos fundamentales y en cambio, los defectos de forma en la actualidad se califican como despidos improcedentes.

5. Los salarios de tramitación surgen como una necesidad de compensar al trabajador ante la falta de ingresos al perder su trabajo por una decisión injusta del empresario. Pero la regulación de este derecho se ha visto influenciada a lo largo de su vigencia por las políticas económicas de los diferentes gobiernos ante situaciones de crisis, por la presión social en determinados momentos y la jurisprudencia. La tendencia ha sido limitar su duración para evitar costes a los empresarios en caso de despido improcedente, dejar en manos de estos y no de un juez, la opción entre la indemnización o la readmisión y por último, limitar los salarios de tramitación solo en supuestos de readmisión, salvo para los representantes legales de los trabajadores a los que se les mantiene el derecho al cobro de estos salarios en caso de que opten por la indemnización y rescindir así la relación laboral.
6. Tras la reforma de la Ley 3/2012, el empresario puede reclamar el pago de los salarios de tramitación al Estado que excedan de los 90 días hábiles desde que se presentó la demanda. Este cambio ha supuesto para el empresario un aumento en los costes de readmisión del trabajador en caso de que el despido haya sido declarado nulo al tener él deber de readmitirlo. Pero en el supuesto de que el despido haya sido declarado improcedente, siempre se tendrá que tener en cuenta la antigüedad del trabajador en la empresa, y comparar los costes de una opción u otra.
7. La modificación del artículo 110.1.b) LRJS se hizo con el fin de incluir en la legislación una práctica que se venía realizando en los juzgados. Con ella se conseguía poner fin al proceso de despido, cuando así lo pedía el demandante, y se evitaban procesos de ejecución de sentencias firmes. Pues bien, esta modificación ha dado lugar a una inseguridad jurídica para los trabajadores que soliciten su aplicación, debido a que los tribunales han resuelto de manera distinta ante la misma situación. Concediendo en unos casos los salarios de tramitación y el cálculo de la indemnización hasta la fecha de la sentencia y en otros casos solo la indemnización hasta el momento del despido.

7 BIBLIOGRAFIA

Albiol Ortuño, M.; Alfonso Mellado, C.L.; Blasco Pellicer, A. & Goerlich Peset, J.M. (2015) Derecho procesal laboral, Lección 7 Impugnación del despido y sanciones disciplinarias, Valencia, Tirant lo Blanch.

Beltrán de Heredia Ruiz, I. (2016) Derecho a salarios de tramitación si readmisión no es realizable (art. 110.1.b LRJS), Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, <http://ignasibeltran.com/2016/01/25/derecho-a-salarios-de-tramitacion-si-readmision-no-es-realizable/>

Denver abogados y asesores tributarios (2014) Problemática entorno a los salarios de tramitación, <http://www.denverabogados.com/articulos/problematika-entorno-a-los-salarios-de-tramitacion/>

Esteve Segarra, A. (2011) EL DESPIDO EXPRES: la limitación de los salarios de tramitación, Valencia, Tirant lo blanch, Valencia 2011, 143 págs.

García Ninet, J.I.; Vicente Palacio, M.A. & Alzaga Ruiz, I. (2014) Derecho del trabajo, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi.

García-Perrote Escartín, I. (2015) *Manual de derecho del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch.

García-Perrote Escartín, I., Mercader Uguina, J.R. (2012) La regulación del mercado laboral: un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-ley 20/2012, Valladolid, Lex Nova.

Lavado Molina, M. (1977) El régimen jurídico de los salarios de tramitación en los procesos por despido. *Revista de Política Social*, 1977, Número 115, pág. 83

Montero Aroca, j., Carratalá Teruel, J.L., Mediavilla Cruz, M.L. (2003) *Proceso Laboral Práctico*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi.

Montero Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M.N., et al (2014) *Manual de derecho procesal laboral: teoría y práctica*; Capítulo V Las modalidades procesales, Madrid, Tecnos.

Montoya Melgar, A. (2014) *Derecho del trabajo*, trigésima quinta edición revisada y puesta al día, Tema 6, La extinción de la relación laboral, Capítulo X, Madrid, Tecnos.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

STJCE 375, de 12 de diciembre de 2002.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 68/2007, de 28 de marzo de 2007 (rec. 4781/2002 y 4915/2002, acumulados).

TRIBUNAL SUPREMO

STS 882/2016, de 19 de enero de 2016 (rec.6062/2014)

STS 893/2016, de 18 de febrero de 2016 (rec. 3257/2014).

STS 983/2015, de 16 de febrero de 2015 (rc. 3056/2013).

STS 1891/2013, de 12 de marzo de 2013 (rc. 1042/2012).

STS 5007/2012, 11 de Junio de 2012 (rec.3860/2011)

STS 8980/2011, de 19 de diciembre de 2012 (rc. 218/2011).

STS 7253/2011, de 3 de Octubre de 2012 (rc. 4649/2010).

STS 71/2006, de 4 de enero de 2006 (rc. 3797/2004).

STS 7507/2005, de 23 de noviembre de 2005 (rc. 3429/2004).

STS 1840/2005, de 23 de marzo de 2005 (rc. 25/2004).

STS 1374/2004, de 1 de marzo de 2004 (rc. 4846/2002).

STS 7499/1996, de 23 de Diciembre de 1996 (rcud. 383/1996).

STS 5143/1994, de 5 de julio de 1994 (rcud. 463/1994).

STS 13646/1987, *de 2 de marzo de 1987*.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

STSJ Asturias, de 15 de marzo de 2016 (rsup. 280/2016).

STSJ Galicia, de 10 de septiembre 2015 (rsup. 2150/2015)

STSJ Cantabria, de 31 de octubre de 2013 (rsup. 594/2013)

STSJ Castilla-León, de 2 de octubre de 2013 (rsup. 1453 /2013).

STSJ Cantabria, de 18 de mayo de 2012 (rsup. 353/2012)

STSJ Asturias, de 23 de noviembre de 2012 (rsup. 3245/2013).

JUZGADOS DE LO SOCIAL

SJSO 5/2012, 20 de Febrero de 2012, (S 72/2012, JSO 2 de León).

SJSO 8/2012, 29 de febrero de 2012, (S 106/2012, JSO 1 de Valencia).