



APM 3.9.

Publicación digital. - Asociación Profesional de la Magistratura

LOURDES SÁNCHEZ PUJALTE

SECCIÓN TERRITORIAL
COMUNIDAD VALENCIANA

SALARIOS DE TRAMITACIÓN. UN ANÁLISIS CRÍTICO DEL ART. 110 LRJS.

¿Limitación de su abono si consta el cierre de la empresa?

A propósito de la STS de 11 de Enero de 2022, Pte: Blasco Pellicer (ROJ: STS106/2022-ECLI:ES:TS:2022:106) traigo una reflexión sobre problemática que nos encontramos a diario en los Juzgados de lo Social relativa al cálculo de la indemnización por despido en casos de improcedencia, así como el abono de los salarios de tramitación.

La citada sentencia viene a concluir, en unificación de doctrina, una idea que comparto plenamente y es absolutamente coherente con la legislación vigente y con la realidad material que la norma pretende regular. Se concluye por la Sala IV -sin votos particulares-, que en un despido tras el que el trabajador fue declarado en incapacidad permanente, y después es declarada su improcedencia, tiene derecho a la indemnización por tal despido improcedente si bien calculada a fecha del despido, y no de la sentencia como predica el art. 110.1b) LRJS, cuando la extinción del contrato se ha producido por ministerio de la ley por causas ajenas a la voluntad de las partes (declaración de incapacidad permanente, muerte o jubilación del trabajador, así como en los casos en los que se produce la válida terminación de un contrato temporal) porque no se puede extinguir en sentencia un contrato de trabajo que ya se extinguió previamente por una causa objetiva, como es la declaración del trabajador en situación de incapacidad permanente con anterioridad a dicha sentencia (art.49 ET).

En ese caso se limita el cálculo de la indemnización a la fecha del despido y se impide el derecho al devengo de salarios de tramitación -posibilidad ésta sólo prevista para el caso de que sea el empresario el que opta por la indemnización (art. 110.1a) LRJS, pero no cuando quien lo solicita es el trabajador (art. 110.1b). La Sala concluye que no se puede

computar ese periodo que va desde el despido hasta la sentencia a efectos del cálculo de la indemnización porque no ha habido efectiva prestación de servicios durante ese periodo, es decir, no ha habido una realización real de trabajo que genere derecho al cómputo de tal periodo a efectos de antigüedad y que sirva para el cálculo de la indemnización, por lo que la sentencia se acoge a la forma de cálculo que prevé el art. 56.1 ET y el 110.1a) Lrjs cuando es el empresario el que opta por la extinción del contrato y no por la readmisión. La sentencia trata de deslindar claramente esos supuestos de aquellos en los que la extinción del contrato ha tenido lugar por imposibilidad de la empresa de readmitir, y está no comparece a juicio y tampoco manifiesta en los 5 días siguientes a la sentencia su opción por la extinción, de suerte que se extingue por la vía del art 110.1b) como una extinción anticipada del art. 286 de la Lrjs. Para ello cita sentencias en las que anteriormente la Sala se ha pronunciado en ese sentido.

Al hilo de esta lógica conclusión -que se dicta en un supuesto de extinción del contrato por imposibilidad sobrevenida del trabajador al estar en un proceso de incapacidad temporal que acabaría después en declaración de incapacidad permanente-, me planteo si es posible limitar el devengo de salarios de tramitación a otros supuestos en los que, sin producirse una causa objetiva de extinción del contrato (jubilación, incapacidad permanente, muerte del trabajador...), se produce la imposibilidad material de readmisión porque consta a fecha del dictado de la sentencia o en el incidente posterior -y se acredita- el cese de la actividad de la empresa por cierre, baja en la Tesorería General de la Seguridad Social, liquidación tras concurso de acreedores..., lo que conllevaría la imposibilidad real de readmisión. Es decir, aquellos casos en los que el empresario ya no existe, no desarrolla actividad y no puede dar ocupación efectiva a ese trabajador despedido ni posibilidad real de optar por readmitirle.

Como decía al comienzo, nos encontramos con una problemática muy habitual en la que se produce la siguiente paradoja: en un mercado laboral cada vez más flexible y dinámico en el que las relaciones laborales son usualmente cortas, en ocasiones de escasos meses -especialmente en determinados sectores como la hostelería o el turismo-, y con unos juzgados saturados que no pueden dar salida en tan breve tiempo a dichas demandas por despido, resulta que la indemnización por despido no se ha devengado en correspondencia al tiempo al tiempo real de prestación de servicios, sino tomando como antigüedad todo el periodo posterior sin efectivo trabajo que transcurre desde el despido hasta que el juzgado ha podido dar una respuesta por sentencia, por lo que esa corta duración del contrato y esa antigüedad real resultan irrelevantes para calcular la indemnización y su cómputo dependerá de variables ajenas al propio contrato de trabajo pactado entre las partes, como es la pendencia en la resolución de asuntos, muy dispar según el territorio. Consecuencia, nos encontramos con pronunciamientos de condena en cuantías menores por la indemnización por despido y elevadísimas por salarios de tramitación-; O incluso, en las que la propia indemnización por despido se incrementa exponencialmente por el tiempo devengado desde el despido hasta que se decreta la extinción cuando ésta se produce en ejecución de sentencia, tiempo en el que, en puridad, no ha habido prestación de servicios y esa posibilidad sólo se materializa si la empresa o el Fogasa no optan por la extinción. Es decir, que se producen condenas por importes muy cuantiosos por periodos de trabajo inexistentes, que en última instancia soporta el Estado y no el empresario porque en la mayoría de esos casos la empresa ha desaparecido o es insolvente (art 33 o art 56.5 ET), por la sola ficción de considerar el contrato vivo hasta que se decreta la extinción por el juzgado por imposibilidad de readmisión, pasando por alto el hecho que nunca se podría producir la readmisión real porque la empresa está cerrada y sin actividad desde mucho tiempo atrás. Por esa razón el empresario tantas veces ya no comparece al juicio y no ejercita nunca la opción por la extinción.

No se pueden devengar salarios en una relación laboral que ha devenido irreal, porque el empresario ya no existe o no puede dar ocupación efectiva al haber cesado. En mi opinión, estos casos se produce una suerte de “incapacidad del empresario” persona jurídica o una “extinción de la personalidad jurídica del contratante” impropia (Art. 49g) ET), que podría asimilarse al supuesto del 49e) ET, que utiliza la sentencia analizada para calcular la indemnización a fecha del despido. Y ello porque la sentencia a la que me refiero hace pivotar su fundamento para calcular la indemnización a fecha del despido en el hecho de que el despido es un acto de naturaleza constitutiva y en la idea de la imposibilidad real de readmisión posterior.

¿Hacia dónde debería ir una reforma legislativa para salvar este problema? Dar una nueva redacción al art 110Lrjs -y concordantes art 281 y 297 Lrjs- no dejando al albur de las partes -que a día de hoy da una solución distinta según quien sea el que manifieste la opción, empresa o trabajador- la forma del cálculo de la indemnización ni la posibilidad o no del devengo de salarios de tramitación, y circunscribir esa posibilidad y la limitación del cálculo de la indemnización a un hecho objetivo, externo, ajeno a las partes y acreditado judicialmente, como es la prueba del cierre de la empresa o de la imposibilidad de readmisión. Ello determinaría que, en aquellos casos en los que la empresa no comparece a juicio y es el trabajador el que solicita la extinción en sentencia, la indemnización (y los salarios de trámite) se calculará hasta la fecha en la que hubiera sido posible llevar a cabo la readmisión, esto es, hasta la fecha en la que conste el cierre de la empresa (baja en TGSS de la empresa, baja en el IAE en Hacienda, auto del juez del concurso declarando la apertura de fase de liquidación, de finalización anticipada del concurso, diligencias negativas de notificación del juzgado donde conste con claridad que la empresa está cerrada...). La debilidad de este argumento es que, en muchos casos, no constará al tiempo del juicio la fecha exacta del cierre a efectos de ese cálculo, pero bien podría salvarse dirigiendo oficio a cualquiera de estos organismos o a través de su consulta en registros públicos u oficiales, a continuación de la celebración de la vista para conocerlo.

Algunas voces mantienen que el problema también se solucionaría suprimiendo el apartado 3 del art 56ET, a saber, suprimir la opción tácita por la readmisión en caso de que no optara expresamente el empresario por la indemnización. (Revista de Derecho Laboral VLex, num 1 Dic 2020 *La opción en favor de la indemnización y los salarios de tramitación. El TS cierra el círculo de su doctrina con la STS de 4-4-2019, (2) de 13-2-2020, de 11-3-2020 y de 17-3-2020, Autor: Jose Antonio Buendia Jimenez*). Sin embargo, considero que esa mera supresión no salva el problema, por cuanto si se suprime la presunción pero la opción previa sigue existiendo, pervivirá la duda sobre la interpretación de la opción cuando ésta no se manifieste. Sólo cabría invertir la presunción y apostar sin ambages por la opción tácita por la extinción, máxime cuando lo contrario acarrea tantos perjuicios para el deudor, ya sea el empresario, ya sea el Fogasa en última instancia. Es decir, que en caso de que no se manifieste en el plazo de 5 días siguientes a la notificación de la sentencia de despido la opción por parte del empresario, se entendería que éste opta por la extinción, convalidando los efectos extintivos del despido, pero con fijación de los salarios de tramitación hasta la fecha en que pudo teóricamente producirse la readmisión, hasta que la empresa cerró o consta su baja. Es decir, limitar el devengo de salarios de trámite en atención a un hecho objetivo y real: el día del cierre de la empresa y con independencia de quien ejercite la opción, ya la empresa, ya el trabajador por ausencia del empresario, ya el Fogasa, en sustitución del empresario.

En apoyo de la tesis limitativa del devengo de salarios de trámite que se plantea en el presente artículo se citan algunas resoluciones en las que la Sala IV ha venido a admitir la

limitación de los salarios de tramitación a fecha anterior a la de la extinción, tras el incidente de no readmisión en ejecución de sentencia:

La Sentencia del Pleno de 28 de abril de 2010, recurso 1113/2009, en la que en un contrato temporal se plantea la extinción del contrato y se concluye que la misma se produce cuando llega el día pactado, incluso cuando el término vence durante la tramitación de un proceso de despido y en estos casos los efectos de la anulación del cese se limitan al pago de los salarios devengados hasta el día en que venció el término resolutorio.

En términos literales, se razona: *"La cuestión planteada, consistente en determinar los efectos de la declaración de nulidad de un despido cuando se trata de un contrato de duración temporal y, más concretamente, si el contrato se extingue, cuando llega el término resolutorio, pese a la declaración de nulidad, ya ha sido resuelta por esta Sala en el sentido que lo hace la sentencia de contraste, esto es en el de entender que el contrato se extingue cuando llega su término y que la declaración de nulidad no produce ni su prórroga, ni su conversión en un contrato indefinido. Así en nuestras sentencias de 14 de abril de 1989 (RJ 1989/9895) y de 20 de diciembre de 1.990 (Rec. 458/90), ya señalamos: "la incidencia en un contrato temporal de la declaración de nulidad de un despido, producido durante la vigencia del contrato, no puede llegar a convertir a aquél en indefinido, ni siquiera a prolongar su duración más allá del momento en que, ajustadamente a su propia naturaleza y a las normas que regulan su extinción debiera darse por concluso, términos en los que hay que entender lo dispuesto en el artículo 55-3 del Estatuto de los Trabajadores".*

Esta solución establecida para los supuestos de despidos nulos, en los que el contrato se extinguía por fin del término pactado para su duración fue seguida, también en el caso de despidos nulos en los que el contrato se extinguía durante la tramitación del proceso por otra causa (muerte del trabajador), por nuestra sentencia de 4 de febrero de 1991 (Rec. 809/90) en la que se dice: "no puede establecerse, a través de la condena, una obligación de readmitir o de indemnizar la no reanudación de la relación laboral cuando se ha acreditado que el contrato había quedado ya definitiva y automáticamente extinguido por el fallecimiento del trabajador. En este caso la condena ha de limitarse al abono de los salarios dejados de percibir hasta la fecha del fallecimiento".

Esta conclusión es correcta y debe reiterarse porque una cosa es la respuesta que se da a la decisión empresarial de extinguir unilateralmente el contrato, al decidir la disolución anticipada del vínculo contractual, y otra que la calificación de esa decisión nove el contrato y convierta un contrato temporal en indefinido o suponga la prórroga del mismo, novación que requiere el acuerdo expreso o tácito de ambas partes, conforme a los artículos 1203 y 1204 del Código Civil y a la jurisprudencia que los interpreta, o una disposición legal que sancione la nulidad del despido con esa modificación del contrato. La falta de acuerdo o de disposición legal en sentido contrario obliga a entender que, cuando se trata de contratos temporales su extinción se produce al llegar el término resolutorio marcado para su duración y que las normas que regulan el despido sólo se aplican a las decisiones empresariales que pretenden la resolución anticipada del contrato, pero no impiden la extinción del contrato cuando se cumple el plazo establecido de común acuerdo, siempre que no se haya cuestionado la temporalidad del mismo.

Por ello, hay que entender que, cuando el empresario decide extinguir el contrato antes de que venza el plazo establecido para su ejecución, está anunciando, también, su decisión de rescindir el contrato cuando llegue el término resolutorio pactado, pues así se deriva de su actuación, razón por la que el trabajador deberá impugnar no sólo el cese anticipado,

sino también la licitud de la cláusula que establece la temporalidad del contrato. Consecuentemente, si no se cuestiona la validez del término resolutorio pactado o si se declara que el mismo es lícito, el contrato se extinguirá llegado su vencimiento, porque, cual se dijo antes, es diferente el tratamiento que debe darse a la decisión empresarial de extinguir anticipadamente el contrato, del que corresponde a la rescisión del mismo por las causas válidamente pactadas, extinción que se produce, cuando llega el día convenido, con independencia de las vicisitudes que se hayan producido, siempre que no se haya cuestionado y anulado la validez de la cláusula que limitó la duración del contrato.”

La sentencia del Pleno nº 37/2017, de 18 de enero (rec.108/2016), que explicó que el incidente de no readmisión en la ejecución de las sentencias de despido presenta peculiaridades importantes (art. 281 Y 286 LRJS) y que “la limitación de la cognición propia de los procesos de ejecución no impide que el órgano judicial que conoce de la ejecución pueda tener en cuenta, como cuestión previa, la existencia de hechos obstativos a la readmisión efectiva. La Sentencia del TS de 23 de septiembre de 1991, recurso 40/1991 sostuvo que *«el incidente de no readmisión puede comprender, pese a la limitación de su objeto, el examen de aquellas circunstancias que han podido operar como hechos obstativos a la readmisión efectiva»*.

Las Sentencias del TS de 23 de marzo de 2011, recurso 2199/2010; la STS de 4 de abril de 2011, recurso 2175/2010; La STS de 24 de septiembre de 2012, recurso 2821/2011; 216/2022, de 9 de marzo (rcud 427/2020); y la STS nº 143/2023, de 21 febrero (rcud 4476/2019)], relativas a la problemática del pago de los salarios de tramitación en el caso de los trabajadores fijos-discontinuos, concluyen que se deben hasta la fecha en que habría terminado la actividad cíclica que motiva el contrato que, aunque es fijo, solo dura mientras subsiste la actividad temporal que lo motiva.

Respecto a los trabajadores fijos discontinuos, la sentencia argumenta: *“Entrando ya a aplicar los criterios que esta Sala ha venido señalando en relación con las sentencias que condenan a la formula general de pago de los salarios de tramitación o salarios dejados de percibir desde el despido, en casos en los que en ese espacio temporal concurren situaciones en los que no hubiera existido actividad de no haber ocurrido la decisión extintiva, lo primero que debemos afirmar, conforme a la doctrina anterior, es que en ejecución de sentencia es posible determinar los periodos que, desde el despido, se correspondan con los de actividad, cuando estamos ante una relación que ya se ha calificado en la instancia como indefinida no fija discontinua y se conoce o se identifica con el curso escolar, cuyo inicio y final no se cuestiona por las partes.*

El título ejecutivo no se estaría contrariando cuando en él no se ha especificado la cuantía de los salarios dejados de percibir y se acude a la formula genérica de abono de dicho concepto. Y no se va contra dicho título porque la condena lo es al pago de una cantidad no concretada, que se identifica con "los salarios dejados de percibir", sin que el hecho de figurar en dicha parte dispositiva el momento a partir del cual se deben abonar suponga que en ese fallo se estén comprendiendo salarios que no se hubieran tenido que abonar.

Los salarios de tramitación o los dejados de percibir desde la fecha del despido son los que hubiera cobrado de estar en activo, lo que significa que solo pueden estar considerados como tales aquellos que el trabajador debió cobrar de no haber existido la extinción del contrato operada indebidamente por el empleador. El que se determine en el fallo de la sentencia o título ejecutivo como fecha inicial una determinada no significa, necesariamente, que, en todo caso y sea cual sea la situación, el trabajador deba cobrar el salario, incluso aunque en ese tiempo pueda, por ejemplo, iniciarse una situación de

incapacidad temporal o, como aquí sucede, un periodo en el que, de no existir el despido, no hubiera tenido actividad y esta situación, además, hubiera podido ser generadora de protección por desempleo.

Y para ello no es exigible que, en este caso, en la instancia y en la fase declarativa se haya tenido que alegar por la parte demandada los periodos que no son de actividad cuando, claramente y en esa valoración global y unitaria a la que ha de atender el alcance del fallo, no se había cuestionado que los de actividad se concentraban en las mismas fechas (...)

(...) Por ello y, en conclusión, el título ejecutivo, al condenar a los salarios de trámite desde la fecha de 23 de junio de 2017, en su correspondencia con lo que pidió la demandante, debe entenderse que condena a los salarios dejados de percibir y, por ende, con exclusión de los periodos de inactividad”.

También la Sentencia del TS 213/2023, de 22 marzo (rec. 85/2022) enjuició un supuesto en el que se había dictado una sentencia que había declarado nulo un despido colectivo y había reconocido el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación inmediata en sus puestos de trabajo en las mismas condiciones de trabajo que regían antes del despido, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que la readmisión tuviera lugar. Esta Sala concluyó que, en trámite de ejecución, era posible suscitar la cuestión relativa a la posible naturaleza temporal de los contratos de trabajo afectados por esa decisión.

En términos literales: *“La doctrina de esta Sala 4ª que recoge la sentencia en la que se sustenta el recurso (la citada STS 28 de abril de 2020, rec. 1113/2009), presupone que no se haya cuestionado el carácter temporal de los contratos, que sean conformes y ajustados a derecho porque no han incurrido en fraude de ley o concurra cualquier otro motivo que los desnaturalice, y que, en definitiva, la relación laboral de esos trabajadores resulte clara y concluyentemente temporal, de forma que se produzca posteriormente su válida extinción una vez llegada la fecha de finalización de los contratos antes de que hubiere concluido la tramitación del proceso de despido.*

La correcta ejecución de la obligación de readmisión aparejada a la declaración de nulidad del despido colectivo exige modular su alcance en razón de esas circunstancias atinentes a los contratos temporales que se extinguen.

De ser ajustados a derecho podrá entrar en juego la doctrina de la precitada STS de 28 de abril de 2010, que no así en caso contrario.

El propio auto recurrido viene en realidad a aplicar esta solución, desde el momento que se pronuncia sobre la naturaleza del contrato temporal controvertido. n el presente caso no hay el más mínimo elemento de juicio que permita constatar la concurrencia de los presupuestos en las que se sustenta la doctrina de la sentencia invocada en el recurso. Como ya hemos recogido, el auto de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 18 de octubre de 2021 afirma que no se acredita que la persona a la que se refiere la empresa estuviera a ella vinculada en virtud de un contrato temporal.

No es solo que la empresa no acredita que hubiere extinguido el contrato que afirma de naturaleza temporal en la fecha prevista para su finalización, sino que su propio contenido impide apreciar la existencia de causa alguna de temporalidad que permita atribuirle esa naturaleza jurídica, por lo que no considera ni tan siquiera acreditado que esa persona trabajadora estuviera verdaderamente vinculada con la empresa por una relación laboral de carácter temporal”.

Y por último, la reciente Sentencia del TS 1224/2024 de 30 de octubre, Pte: Molins García-Atance (rec. 2608/2022) -en las que se citan las anteriores-, se discute si, en ejecución de una sentencia que había declarado nulo el despido de un trabajador temporal y había condenado a la empresa a la readmisión del trabajador y al pago de los salarios de tramitación, pueden limitarse los salarios de trámite hasta la fecha en la que había finalizado el contrato temporal con anterioridad al juicio oral. Concluye la Sala que es posible limitar el abono de los salarios de tramitación hasta la fecha en la que se produjo la extinción del contrato de trabajo porque consta la misma y no se cuestionó la licitud del contrato temporal, por lo que concluye que la empresa debe abonar los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta el día 10 de junio de 2020, cuando se produjo la extinción del contrato de trabajo. Se recuerda por la Sala en esta sentencia la especial naturaleza del incidente de no readmisión: “*Invocamos la sentencia del Pleno del TS 37/2017, de 18 de enero (rec.108/2016), que explicó que el incidente de no readmisión en la ejecución de las sentencias de despido presenta peculiaridades importantes:*

a) «Esta fase de la ejecución de la sentencia de despido se rige más por las reglas propias del proceso declarativo que por las del proceso de ejecución. Ello se pone de manifiesto tanto en los supuestos de no readmisión como en los de readmisión irregular, pero muy especialmente en estos últimos, en los que el trabajador ejecutante debe desplegar una actividad alegatoria y probatoria más cercana a la del proceso de declaración que a la característica del proceso de ejecución, en el que, como regla general, el ejecutante se limita a afirmar su derecho y es el ejecutado el que debe alegar y probar los hechos obstativos del cumplimiento de la obligación que se trata de ejecutar».

b) «[S]u contenido no se limita al análisis del incumplimiento de la obligación de readmitir en forma regular impuesta en el título ejecutivo, sino que, en muchas ocasiones, se extiende al análisis de otras circunstancias adyacentes al incumplimiento de dicha obligación; algunas legalmente previstas, como las que pueden dar lugar al aumento de las indemnizaciones sustitutivas de la obligación específica, o a la propia sustitución de ésta en los casos previstos en el artículo 286 LRJS».

c) La limitación de la cognición propia de los procesos de ejecución no impide que el órgano judicial que conoce de la ejecución pueda tener en cuenta, como cuestión previa, la existencia de hechos obstativos a la readmisión efectiva. La sentencia del TS de 23 de septiembre de 1991, recurso 40/1991 sostuvo que «el incidente de no readmisión puede comprender, pese a la limitación de su objeto, el examen de aquellas circunstancias que han podido operar como hechos obstativos a la readmisión efectiva»”.

En definitiva, todas estas razones junto con la jurisprudencia citada, abren la puerta a poder limitar el cálculo y abono de los salarios de tramitación en los casos en los casos de improcedencia del despido, en los que la empresa no comparece al juicio, incluso tampoco el Fogasa, y se ejercita por el trabajador la opción anticipada por la extinción ex art. 110.1b) LRJS, hasta la fecha en la que conste el cierre de la empresa, por imposibilidad fáctica y material de readmitir, ya sea en la propia sentencia de despido de constar este dato y reflejarse en los hechos probados, ya sea en el incidente de no readmisión posterior.