



LOS SALARIOS DE TRAMITACION

Presentado por:

Alberto Fco. Navarro Coves

Tutor:

Pedro Pablo Ortuño Carpena

**GRADO EN DERECHO
CURSO ACADÉMICO 2017-2018**

I) INTRODUCCION

- A) OBJETO DEL TRABAJO DE FIN DE GRADO**
- B) MOTIVO SELECCION TRABAJO FIN DE GRADO**
- C) FINALIDAD DEL TRABAJO DE FIN DE GRADO**
- D) METODOLOGIA EMPLEADA**
- E) ESTRUCTURA DEL TRABAJO DE FIN DE GRADO**

II) ANTECEDENTES HISTORICOS

III) LA PRESTACION SALARIAL. CONCEPTO LEGAL

- A) SALARIOS**
- B) SALARIOS DE TRAMITACION**

IV) NORMATIVA SUSTANTIVA. ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

V) NORMATIVA PROCESAL. LEY REGULADORA DE LA JURISDICCION SOCIAL

VI) EJECUCION DE LAS SENTENCIAS, AUTOS Y ACTOS DE CONCILIACION

VII) EL FONDO DE GARANTIAL SALARIAL

VIII) RECLAMACION DE SALARIOS DE TRAMITACION AL ESTADO

IX) CONCLUSIONES

I. INTRODUCCION

A) El objetivo del presente trabajo es poner de manifiesto la necesidad de regular de una manera concreta y eficiente los salarios de tramitación para que los trabajadores puedan encontrar aquel atajo legal que conduzca a la resolución eficaz del conflicto.

B) 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.

C) Explicar a un trabajador que son los salarios de tramitación, como se generan y cuando se tiene derecho a los mismos es una tarea relativamente complicada, incluso algunos profesionales que se dedican ocasionalmente al asesoramiento laboral no conocen en profundidad el alcance de los mismos, ni como afrontar de una manera exitosa una estrategia clara.

Las reformas laborales acometidas en los últimos tiempos se encaminan de una manera descarada ha restarle valor económico a los salarios de tramitación que se ocasionan con motivo de los despidos laborales ya que el empresario los puede eludir y por otra el Fondo de Garantía Salarial, que en última instancia es el que tiene que afrontar el pago de la prestación como consecuencia de la insolvencia del empresario , se ha visto favorecido al ver limitado tanto la cuantía económica como el tiempo en el que el trabajador puede percibirlos.

D) A largo del trabajo quedará acreditada la desregulación económica de los salarios de tramitación, que únicamente queda contrarrestada por el incremento del salario mínimo interprofesional, primero con las medidas legislativas adoptadas a partir de la reforma laboral de 2012 y a continuación con el propio Fondo de Garantía Salarial tratando de limitar aun mas si cabe su percepción , tanto desde el punto de vista económico al intentar calcular la prestación desde los salarios netos, como desde el

punto de vista administrativo tratando de aplicar el silencio administrativo negativo, en ambos casos ha tenido que ser el Tribunal Supremo el que establezca la doctrina favorable a la aplicación de los salarios brutos , así como el silencio positivo una vez transcurridos tres meses desde que se solicitaron los salarios de tramitación al FOGASA sin adoptar ninguna resolución.

E) El presente trabajo se divide en seis partes que para un importante conocimiento de la materia:

-La diferencia entre el concepto de salario y salario de tramitación

-La explicación de manera clara y comprensible de los aspectos sustantivos

-Los problemas procesales.

- La ejecución de las sentencias y otras resoluciones que dan pie a que se genere el derecho a percibir los salarios de tramitación.

-Como afronta el Fondo de Garantía Salarial el pago de la prestación

-Y por último las conclusiones a modo de propuesta para mejorar la regulación de los salarios de tramitación.



II. ANTECEDENTES HISTORICOS

El procedimiento para el cobro de la cantidad equivalente al importe de los salarios que hubiere dejado de percibir el trabajador como consecuencia de un juicio por despido declarado improcedente venía regulado, hasta ahora, en el Real Decreto 924/1982, de 17 de abril, sobre reclamaciones al Estado por salarios de tramitación en juicios por despido.

Dicha regulación tenía su base en la previsión de un plazo razonable de emisión de sentencia por despido por los órganos jurisdiccionales, transcurrido el cual el empresario o, en su caso, el trabajador de una empresa declarada insolvente podrá reclamar al Estado, que asume las consecuencias de dicha demora, las cantidades correspondientes.

Sin embargo, la normativa relativa a los salarios de tramitación a que debe hacer frente el Estado ha experimentado variaciones en los últimos años. Destacando:

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, reguló las reclamaciones al estado del pago de salarios de tramitación en juicios por despido, introduciendo una preceptiva reclamación administrativa previa y regulando los motivos de suspensión del cómputo del plazo cuyo transcurso da lugar a la asunción por el Estado de los salarios de tramitación.

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. Por su parte, 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 Art. 57, 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.

III) LA PRESTACION SALARIAL. CONCEPTO LEGAL DE SALARIO

A) SALARIO.

De acuerdo con el artículo 26.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET) se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie (1), por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que se la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo.

El contrato de trabajo tiene una estructura sinalagmática o bilateral ya que establece obligaciones para cada una de las partes (empresa-trabajador) que a la vez se constituyen como derechos respecto de la otra.

Como se indica el salario retribuye la prestación profesional de los servicios por cuenta ajena incluyendo los períodos de descanso computables como de trabajo como vacaciones anuales, días festivos, interrupción del trabajo en el régimen de jornada

(1) El salario en especie supone la entrega de productos o servicios valorables económicamente (ropa, combustible, transporte gratuito, automóvil, vivienda, manutención) como contraprestación del trabajo.

continúa cuando se hubiera pactado su consideración como trabajo efectivo (art. 34.4 ET), de las ausencias justificadas al trabajo con derecho de retribución (art. 37.3 y 4 53.2 ET) y de las interrupciones del trabajo por impedimentos imputables al empresario y no al trabajador (art. 30 ET).

Otras percepciones económicas de los trabajadores no tienen consideración de salario, tal y como se recoge en el citado artículo 26 en su apartado 2, donde indica que no tendrán la consideración de salario las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos.

Esta aclaración es importante tenerla presente ya que las normas que regulan los salarios de tramitación toman la noción de salario como base para definir el supuesto de hecho, es decir tanto para su cálculo como para el cálculo de las bases de cotización a la Seguridad Social por la que se tendrá que cotizar quien tenga obligación de hacerlo.

Se parte en el ET de una presunción iuris tantum de que todas las cantidades que percibe el trabajador son salario, correspondiendo al que alegue el carácter extrasalarial de alguna o algunas percepciones la carga de la prueba de que no lo son.

La creación artificial por parte del empresario de percepciones de apariencia extrasalarial con la finalidad de aligerar sus obligaciones tanto dentro del ámbito del contrato de trabajo como de las cargas o costes de Seguridad Social es considerada como un fraude. Al existir una definición legal del salario, el carácter salarial o no de una remuneración no depende de cómo se denomina sino de su naturaleza.

La distinción entre salario y percepciones extrasalariales es importante porque como se verá a continuación el salario global considerado como la suma del salario base, complementos salariales (los personales, por el trabajo realizado, etc.) como por la situación y resultados de la empresa (en los sistemas de participación de beneficios) prorrateo de las partes proporcionales de la retribución de domingos ,festivos ; determinará el salario del trabajador que servirá de base para el cálculo de los salarios de tramitación.

B) SALARIOS DE TRAMITACION

No existe un concepto legal de salarios de tramitación de ahí la importancia de la regulación en el ET de los salarios porque como se ha dicho con anterioridad son los salarios percibidos por el trabajador los que sirven de base para el cálculo de los salarios de tramitación. Para el cálculo de la cantidad que percibe se emplea el salario que venía percibiendo antes del despido y el tiempo transcurrido desde la fecha del despido hasta su readmisión.

A pesar de que se denominan salarios de tramitación no tienen una naturaleza salarial sino indemnizatoria y son las cantidades que tiene derecho un trabajador cuando ante una situación de conflicto laboral de despido, que ha sido calificado por un tribunal de despido improcedente, la empresa opte por la readmisión del trabajador a su puesto de trabajo, o cuando el despido sea declarado nulo con obligación de la empresa de readmitir al trabajador en su puesto de trabajo.

Por tanto su objetivo es compensatorio del perjuicio sufrido como consecuencia del despido del trabajador, de naturaleza indemnizatoria, por lo que de acuerdo con la doctrina del tribunal supremo no genera el derecho a percibir intereses por la cantidad adeudada, solo se producen intereses procesales cuando ante la falta de pago en el plazo indicado en la sentencia de instancia, se solicita la ejecución de la misma.

Como se ha indicado anteriormente también tienen su origen en el despido de un trabajador, cuando un tribunal lo considera como despido nulo la empresa tiene obligación de readmitir al trabajador y por tanto de abonar los salarios de tramitación en todo caso, lo mismo ocurre cuando el despido de un representante de los trabajadores es considerado improcedente ya que sería éste, y no el empresario, el que tendría la opción entre readmisión o indemnización; no ocurre lo mismo en el caso de que el despido se considere improcedente ya que es la empresa la que tiene la opción de readmitirlo de nuevo al trabajador en su puesto de trabajo, en cuyo caso tendrá que abonarle los salarios de tramitación o por el contrario abonar la indemnización que le corresponda sin tener que abonarle los salarios de tramitación.⁽¹⁾

Ha sido la reforma laboral del Real Decreto 3/2012 la que ha eliminado los salarios de tramitación cuando se opte por la indemnización en los despidos calificados como improcedentes.

(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.

Con anterioridad a la citada reforma laboral la regulación era la siguiente, declarada la improcedencia de la decisión extintiva por no haber acreditado el empresario la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación escrita, producía los siguientes efectos:

-El empresario también podía optar entre la readmisión o la indemnización prevista legalmente, pero en ambos casos el trabajador tenía derecho a los salarios de tramitación.

-Posteriormente se estableció una causa de exoneración para el empresario del pago de los salarios de tramitación, cuando en el plazo de 48 horas siguientes al despido reconocido como improcedente por el empresario depositaba en el juzgado de lo social la cantidad calculada en concepto de indemnización, para el caso de que el trabajador lo rechazara.

Como se puede apreciar se ha producido una desregulación económica de los salarios de tramitación, que en los últimos años de crisis ha ocasionado un perjuicio económico a los trabajadores.

El trabajador no generará derecho a los salarios de tramitación o se minorarán cuando después del despido el trabajador haya prestado servicio en otra empresa distinta a la del despido o perciba la prestación por desempleo, en cuyo caso la empresa que despidió al trabajador podrá descontar el salario percibido por su nuevo trabajo o la prestación.

La sentencia del TSJ de Asturias de 27 de Noviembre de 2015 resuelve un incidente de readmisión que fue estimado en parte declarando el derecho de la trabajadora despedida a percibir los salarios de tramitación dentro de un período de tiempo con deducción en todo caso de lo que hubiera podido percibir como consecuencia de la prestación de servicios a otras empresas en los períodos coincidentes.

Si el trabajador ha solicitado al prestación de desempleo, el empresario se verá obligado a devolver lo percibido por la prestación, salvo que las cantidades percibidas por el trabajador sean superiores al salario, supuesto de muy difícil ocurrencia, lo mas probable es el supuesto contrario en el que el empresario tenga que pagar la diferencia entre la prestación y el sueldo.

La TSJ de la Comunidad Valenciana de 30 de Diciembre de 2016(REc.343/2016) contempla el supuesto de que al trabajador se le reconoció la prestación de desempleo como consecuencia de la suspensión de su contrato de trabajo, que percibió por 201 días, a la finalización de la relación laboral el Servicio Público de Empleo Estatal dicta resolución por la que declaró el derecho de reposición de la prestación de 180 días, sin embargo declarada la nulidad del despido el trabajador comunica al SPEE que el FOGASA le había abonado salarios de tramitación, en consecuencia el SPEE declaró sin efecto el derecho de reposición de 180 días y le reclamaba las prestaciones indebidas. El TSJ resolvió en el sentido de que solo procede al reintegro de las prestaciones indebidas en la cuantía que coincida con los salarios de tramitación que haya recibido el trabajador.

La sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Social de 29 de Marzo recurso 2682/2014 en unificación de la doctrina recuerda que en el supuesto de readmisión y condena de salarios de tramitación(en despidos nulos o en despidos improcedentes en los que la empresa ha optado por la readmisión opción) en los casos que el trabajador viene percibiendo las prestaciones de desempleo desde la fecha del despido se considerarán indebidas por causa no imputable al trabajador, cesará el pago de las prestaciones y reclamará :

- Al empresario que deberá ingresar a la Entidad Gestora las cantidades percibidas por el trabajador, deduciéndolas de los salarios dejados de percibir con el límite de tales salarios. Además el empresario deberá instar el alta en la Seguridad Social con efectos desde la fecha del despido o la extinción inicial, cotizando por ese período, que se considerará como ocupación cotizada a todos los efectos.
- Al trabajador si la cuantía de la prestación hubiera superado la del salario.

Cuando la empresa da cumplimiento al requerimiento del SPEE y reintegra la cantidad abonada en concepto de salarios y al mismo tiempo hubiese pagado los salarios de tramitación a la que fue condenada, tiene acción para exigir del trabajador el pago de las prestaciones cobradas por el indebidamente e ingresada por la empresa en el SPEE.

El plazo de prescripción de reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas prescribirá a los cuatro años contados a partir de la fecha de su cobro o desde que fue posible ejercitar la acción para exigir su devolución, es el ingreso por parte de la empresa de las prestaciones indebidamente percibidas la que inicia el cómputo del plazo de prescripción de la acción.

Se pone de manifiesto la necesidad de la regulación de los salarios de tramitación en el sentido de considerarla como una indemnización que se ocasionaría como contrapartida del perjuicio que le produce al trabajador, no por la extinción del contrato de trabajo en sí, sino por la disminución de los ingresos, ya que a pesar de que puede solicitar la prestación de desempleo sin embargo la misma por lo general no alcanza al 100% de los salarios que venía percibiendo.

IV) NORMATIVA SUSTANTIVA. ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

Los salarios de tramitación no se recogen en la normativa laboral como una institución jurídica propia y autónoma sino como la consecuencia final de la extinción de un contrato de trabajo o del despido declarado improcedente o nulo.

En el Estatuto de los Trabajadores se recoge en el:

A) Capítulo II –Contenido del contrato de trabajo- Sección IV titulada Salarios y Garantías Salariales cuando en el artículo 33 dedicado a El Fondo de Garantía Salarial en su apartado uno indica que se considera como salario la cantidad reconocida como tal en acto de conciliación o en resolución judicial por todos los conceptos a que se refiere el artículo 26.1, así como los salarios de tramitación en los supuestos que legalmente procedan.

B) Capítulo III Modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo- Sección IV titulada –Extinción del Contrato de Trabajo cuando en el artículo 56 dedicado al despido improcedente:

- Apartado 2, donde indica que 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 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(Número 2 del artículo 56 redactado por el número 8 del artículo 18 del R.D-Ley 3/2012 de 10 de Febrero ,de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral(BOE 11 Febrero)Vigencia: desde el12 de Febrero de 2012.

En relación con el cómputo del tiempo de vida laboral de un trabajador en una empresa es necesario recordar que cuando se produce una sucesión de empresas, de acuerdo con lo que dispone el artículo 44 del ET, el inicio de la relación laboral se cuenta desde la primera empresa. La doctrina del TS precisa que la sucesión de empresa requiere la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales que permiten la continuidad de la empresa, es decir debe ser un establecimiento empresarial en su conjunto o una parte de él que constituya una unidad patrimonial susceptible de ser inmediatamente explotada, y considera por ello que no puede apreciarse la sucesión de empresa cuando lo que se transmite no es la empresa en su totalidad sino unos elementos patrimoniales aislados, para terminar indicando que para que opere la garantía del artículo 44 del ET es necesario que los contratos de trabajo continúen en vigor y no se hayan extinguido validamente. La sentencia del TS 734/1999 de 15 de Abril de 1999 declara que no existe sucesión de empresa cuando lo que se ha adquirido se ha limitado a la adquisición de la maquinaria que se ha obtenido a través de un tracto indirecto mediante su arrendamiento a una empresa que la había adquirido en subasta de Hacienda, y por otra parte la nave donde se ha instalado la nueva empresa es contigua y no es la misma donde operaba la empresa inicial y se ha arrendado a una tercero.

-Apartado 3, indica que en el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera.

-Apartado 4, indica que si el despido fuera de un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción corresponderá siempre a éste. De no efectuar la opción, se entenderá que lo hace por la readmisión. Cuando la opción, expresa o presunta, se a favor de la readmisión, ésta será obligada. Tanto si opta por la indemnización como si lo hace por la readmisión, tendrá derecho a los salarios de tramitación a los que se refiere el apartado 2. (Número 4 del artículo 56 redactado por el número 9 del artículo 18 del RD Ley 3/2012 con vigencia 12 de Febrero de 2012)

C) Por último el artículo 57 –Pago por el Estado:

1. Cuando la sentencia que declare la improcedencia del despido se dicte trascurridos mas de 90 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 dichas sesenta días.

2. En los casos de despido en que, con arreglo al presente artículo, sean por cuenta del Estado los salarios de tramitación, serán también con cargo al mismo las cuotas de la Seguridad Social correspondientes a dichos salarios.

Como se viene diciendo los salarios de tramitación se generan con ocasión de la extinción del contrato de trabajo o despido, cese de actividad o insolvencia de la empresa. El Estatuto de los Trabajadores recoge las normas sustantivas sobre la extinción del contrato de trabajo de entre las cuales nos interesa resaltar aquellas que por su consideración pueden desembocar en el reconocimiento de los salarios de tramitación (artículo 49 ET):

1) En los casos de extinción de la personalidad jurídica de la empresa contratante por el cierre o cese de la actividad, donde se seguirán los trámites del artículo 51 relativos al despido colectivo.

2) Por despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, que tras impugnación individual del trabajador afectado el órgano jurisdiccional lo considera un despido improcedente o nulo.

3) Extinción del contrato de trabajo por causas objetivas que deben ser acreditadas por la empresa, ante la falta de acreditación se declara la extinción del contrato de trabajo como improcedente o nulo.

4) Por despido del trabajador

5) Por decisión de la trabajadora que se ve obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género.

Vemos cada uno de los supuestos de hecho:

A) DESPIDO COLECTIVO (1)

Los apartados 1) y 2), anteriores, tienen el mismo tratamiento normativa al estar regulados dentro de lo considerado como despido colectivo que viene regulado en el artículo 51 del ET, el régimen jurídico del despido colectivo obliga al empresario a seguir un procedimiento donde se deben acreditar las causas que lo motivan , así como

de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores para tratar de evitar o al menos reducir los despidos y atenuar sus consecuencias.

(1) Se entiende por despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un período de 90 días, la extinción afecte al menos a:

- a) Diez trabajadores en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
- b) El 10 % de los trabajadores cuando la empresa ocupen entre 100 y 300 trabajadores.
- c) Treinta trabajadores en la empresa que ocupen mas de 300 trabajadores.
- d) Cuando la extinción afecte a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a 5, como consecuencia de la cesación total de la actividad.

Cuando afecte a un número inferior de trabajadores entonces el contrato se extingue por causas objetivas.

La comunicación por parte del empresario a los trabajadores de la apertura de consultas se realiza mediante un escrito que debe explicar:

- a) Las causas que lo motivan
- b) Los trabajadores afectados
- c) Período previsto para la realización de los despidos
- d) Criterios para la designación de los trabajadores afectados
- e) Además debe ir acompañado de la documentación contable y fiscal e informes técnicos necesarios.

Alcanzado un acuerdo o comunicada la decisión a los representantes de los trabajadores, el empresario podrá notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados.

La decisión puede ser impugnada por los representantes de los trabajadores a través de las acciones previstas para este despido o también de manera individual por los trabajadores afectados pudiendo suceder que el órgano jurisdiccional estime que el despido así realizado ha de considerarse improcedente o nulo con la obligación del Empresario:

- a) En caso de despido improcedente, tener que optar entre la readmisión con pago de salarios de tramitación o el pago de una indemnización por la extinción del contrato de trabajo.

b) En caso de que el despido sea considerado nulo, a tener que reintegrar al trabajador en las condiciones de trabajo anteriores al despido, con el pago de los salarios de tramitación.

En los concursos de acreedores son los Juzgados de lo Mercantil concededores del concurso los que tienen el pleno ejercicio de su jurisdicción exclusiva y excluyente que le otorga el artículo 8.2 de la Ley Concursal para decretar mediante auto el despido colectivo de los trabajadores de la empresa afectada por el concurso.

La sentencia del TS de fecha 13 de Abril de 2016 número 285/2016 resuelve sobre la acción por despido tácito de los trabajadores por falta de abono de salarios y de ocupación efectiva, demanda presentada ante el Juzgado de lo Social.

Antes de que el Juzgado de lo Social dictara sentencia la empresa presenta concurso de acreedores voluntario, mediante auto el Juzgado de lo Mercantil decreta la extinción colectiva de los contratos de trabajo, con posterioridad el Juzgado de lo Social dicta sentencia en el sentido de declarar los despidos nulos.

Se debate sobre la nulidad del auto del Juzgado de lo Mercantil ya que las demandas de los trabajadores fueron interpuestas con anterioridad a la declaración de la empresa en concurso de acreedores.

La importancia estaba en que un despido nulo comporta salarios de tramitación mientras que un despido colectivo solo comporta el reconocimiento de una indemnización.

El debate se centra en determinar las consecuencias de la presentación de una demanda por despido tácito plural o singular por la situación económica o de insolvencia del empleador por hechos acaecidos antes de la solicitud de declaración de concurso de acreedores por parte del empleador habiéndose presentado la demanda de despido ante el Juzgado de lo Social con anterioridad a la fecha de la solicitud y encontrándose el proceso social en tramitación en el momento de la declaración de concurso, y en especial si el Juez Mercantil, en el seno del concurso de acreedores, puede declarar la extinción colectiva de los contratos de trabajo de aquellos trabajadores que formularon la referida demanda de despido tácito.

El TS teniendo en cuenta:

a) La interrelación entre la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador por falta de abono de salarios o de ocupación efectiva, cuando ambas causas se deriven de la misma situación económica que determine la situación concursal.

b) La propia esencia y finalidad del concurso de acreedores donde una declarado es el Juez del concurso puede decretar la extinción colectiva de las relaciones laborales.

c) Y en aras a la igualdad entre los distintos trabajadores del mismo empleador concursado evitando el fraude de poder elegir ante una misma situación acciones distintas (resolución por el artículo 50 del ET o despido tácito, que pudiera llevar a resultados desiguales, entre otros, en cuanto a la fecha de la extinción, salarios e indemnizaciones.

Desestima el recurso de casación presentado por loa trabajadores y declara correcta jurídicamente y efectuada dentro de sus competencias la actuación del Juez Mercantil en el seno del concurso de acreedores, declarando la extinción colectiva de los contratos de trabajo que formularon la demanda de despido tácito motivado por la situación económica del empleador por hechos anteriores a la solicitud de declaración en concurso, aunque la presentación de la demanda de despido se hubiere efectuado antes de tal fecha y se encontrara el proceso social en tramitación en el momento de la declaración del concurso.

B) EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS OBJETIVAS (artículo 52 ET) (1)

El contrato podrá extinguirse:

a) Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa.

b) Por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables.(2)

c) Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes que alcance el 20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5% de las jornadas hábiles o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro del período de doce meses.

d) También puede ocurrir que directamente sea el propio trabajador el que solicite la extinción del contrato de trabajo (artículo 50) por las siguientes causas:

1) Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 y que redunde en menoscabo de la dignidad del trabajador.

2) La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado.

3) Cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, así como la negativa del mismo ha reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuesto previstos en los artículos 40 y 41, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados.

La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas requiere:

a) La comunicación por escrito al trabajador expresando la causa.

b) Poner a disposición del trabajador, junto con la comunicación la indemnización de 20 días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de 12 mensualidades.

c) Concesión de un plazo de preaviso de quince días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo.



(1) Además son causas objetivas cuando concurren:

- Causas económicas negativas en la empresa, tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o disminución persistente de ingresos o ventas.

- Causas técnicas cuando se produzcan cambios en los medios o instrumentos de producción.

- Causas organizativas cuando se produzcan cambios en los sistemas y métodos de trabajo.

(2) Previamente el empresario deberá ofrecer al trabajador un curso dirigido a facilitar su adaptación a las modificaciones operadas.

Contra la decisión extintiva podrá recurrir el trabajador como si se tratase de despido disciplinario que puede dar lugar a que:

a) Procedente, en cuyo caso el trabajador tendrá derecho a la indemnización de 20 días de salario por año de servicio, con un máximo de una anualidad.

b) Si el empresario no acredita las causas del despido, a que sea declarado por el órgano jurisdiccional como improcedente, teniendo que optar el empresario entre la readmisión con reconocimiento de los salarios de tramitación o el pago de una indemnización. Si opta por la readmisión tiene que readmitir al trabajador, que tendrá

que devolver la indemnización percibida, pero con abono de los salarios de tramitación, cantidades que pueden compensarse.

c) O que sea declarado nulo, por tener por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. Será también nula:

-La de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural.

-Las trabajadoras embarazadas, desde la fecha del inicio del embarazo, o se encuentre de permiso por tal motivo, y la de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos que legalmente se le reconocen en el ámbito laboral.

-La de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento o paternidad siempre que no hubieran transcurrido más de 9 meses desde la fecha de nacimiento, adopción, delegación de guarda con fines de adopción o acogimiento del hijo o menor.

Se puede declarar el despido como procedente siempre que se acrediten otras causas distintas a las anteriores que motiven la extinción del contrato de trabajo.

C) DESPIDO DISCIPLINARIO (artículo 54 ET) (1)

El contrato podrá extinguirse por decisión del empresario mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador, se considerarán incumplimientos contractuales:

- a) Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo.
- b) La indisciplina o desobediencia en el trabajo.
- c) Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos.
- d) La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.
- e) La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado.

- f) La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo.
- g) El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajen en la empresa.

El despido debe ser notificado por escrito al trabajador, que si se trata de un representante legal o sindical de los trabajadores es obligatorio la apertura de un expediente contradictorio, o si el trabajador estuviera afiliado a un sindicato y le constare al empresario, deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales, ya que en caso de inobservancia el empresario tendrá que iniciar un nuevo proceso de despido, pero tendrá que poner a disposición del trabajador afectado los salarios devengados en los días intermedios.

El despido será calificado por el órgano jurisdiccional como (2):

A) Procedente

Cuando se acredite el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación, lo que dará lugar a la convalidación de la extinción del contrato de trabajo sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación.

(1) 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...”*.

(2) Tiene que haber una individualización de conductas, el despido es la sanción mayor por lo tanto debe haber una proporcionalidad entre hecho y sanción, aplicación del principio non bis in idem según el cual no se puede aplicar dos sanciones al mismo hecho, inaplicabilidad de la presunción de inocencia en el ámbito laboral, igualdad de trato a todos los trabajadores.

B) Improcedente

En cuanto al fondo cuando no se acredite el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación, y en cuanto a la forma cuando no se

sigue el procedimiento establecido antes indicado (expediente contradictorio, audiencia previa).

El empresario podrá optar, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, por:

a) La readmisión del trabajador con abono de los salarios de tramitación, que equivaldrá a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del 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. Si el empresario no opta por ninguna de las dos se entiende que procede la readmisión presunta.

Por su parte al trabajador se le plantean las siguientes posibilidades:

-Reincorporarse con normalidad a su puesto de trabajo y cobrar los salarios de tramitación.

-Reincorporarse disminuyendo o bajando su rendimiento pudiendo ser objeto de un nuevo despido disciplinario, pero a pesar de ello ya habría cobrado los salarios de tramitación.

-Reincorporarse y el mismo día o al día siguiente comunicar que dimite, con lo que cobraría los salarios de tramitación, únicamente se encuentra expuesto a que se le descuenten los días de preaviso previsto en el convenio y a que no tuviera derecho a la prestación de desempleo por no encontrarse en situación legal de desempleo.

-No reincorporarse lo que equivale a una dimisión tácita por lo que el trabajador no tendría derecho a cobrar ni cotizar por los salarios de tramitación.

b) O al pago de una indemnización que se cifra en 45 días de salario por año de servicio en el período de trabajo realizado antes de la reforma laboral de febrero de 2012 y en 33 días por año de servicio si la prestación de servicio es posterior, hasta un máximo de 24 mensualidades. Por tanto desde la reforma laboral del año 2012 se ha reducido para la empresa el importe de la indemnización y ha subido el coste de los salarios de tramitación, puesto que antes de la reforma el Estado le pagaba al empresario los salarios de tramitación generados desde el día 61, desde que se interpone la demanda por parte del trabajador sin que el órgano jurisdiccional dicte una resolución, tras la reforma solo se los paga desde el día

91. En definitiva que las posibilidades de que la empresa se decante por la readmisión en el caso de despido improcedente se han reducido.

Si el despido es un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción corresponderá siempre a éste, si opta por la readmisión, tendrá derecho el trabajador a los salarios de tramitación que será la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del 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, puede descontarlos de los salarios de tramitación.

La opción de la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.

Cuando la sentencia que declare la improcedencia del despido se dicte transcurridos más de 90 días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda, el empresario podrá reclamar del Estado el abono de la percepción económica de los salarios de tramitación correspondiente al tiempo que exceda de dichos noventa días hábiles.

C) Nulo (1)

Cuando tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzcan con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, así como en los supuestos antes mencionados referentes a maternidad, adopción, etc. que no se dan por reproducidos.

El despido nulo tendrá como efecto el de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir.

(1) El TS niega la existencia de un despido nulo por fraude de ley o abuso de derecho con base en el Código Civil.

En caso de concurso de acreedores de la empresa, los supuestos de modificación, suspensión y extinciones colectivas de los contratos de trabajo y de sucesión de empresa, se aplicarán las especialidades previstas en la Ley 22/2003 de 9 de Julio concursal (artículo 57 del ET).

La sentencia del TSJ de la Sala de lo Social de Barcelona de fecha 29 de Diciembre de 2017 red. Número 6202/2017 resuelve el siguiente supuesto:

Un trabajador es despedido disciplinariamente por la bajada continuada de su rendimiento en el desempeño de su trabajo, así como incumplimiento reiterado en las instrucciones y procedimientos rutinarios de su puesto de trabajo. En el acto de conciliación el trabajador solicitaba la admisión por parte de la empresa del despido como nulo por no acreditar las causas del despido, por su parte la empresa reconoce la improcedencia del mismo, concluye la conciliación sin avenencia. Interpuesta la correspondiente demanda la sentencia de instancia declara la nulidad del despido y condena a la empresa a readmitir al trabajador en su puesto de trabajo y abonarle la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la fecha de la reincorporación.

La empresa, por su parte, presenta recurso de suplicación solicitando que la calificación de la medida extintiva empresarial sea declarada procedente, a pesar de que en el acto de conciliación reconocía la improcedencia del mismo, según indica en el recurso para evitar un pleito posterior.

El trabajador despedido por su parte impugna el recurso de suplicación interesando su desestimación y confirmación de la sentencia del Juzgado de lo Social.

El TSJ resuelve el debate en los siguientes términos:

-Que no cabe invocar para la resolución lo acordado en el acta de conciliación, sino el contenido del acto de la vista.

-Que no cabe adicionar nuevos hechos para acreditar la procedencia del despido cuando en el acto de la vista había admitido el despido como improcedente.

-Debate a continuación sobre la cuestión suscitada sobre la calificación del despido como improcedente o nulo, sobre la base del despido sin causa o causa fraudulenta, con apoyatura en el artículo 4 y concordantes del Convenio 158 de la OIT, artículo 6.4 de el Código Civil y doctrina jurisprudencial, para llegar a la conclusión de que la normativa actual contenida en el E.T. nos conduce a que este despido solo puede ser calificado como improcedente y no nulo como dice la sentencia de instancia, en base a la doctrina jurisprudencial contenida entre otros en la sentencia de Pleno de la misma sala de fecha 1 de Julio de 2014, recurso 956/2014 en la que concluye que la normativa enuncia de manera taxativa y

cerrada los casos en los que el despido debe ser calificado como nulo, sin que en ninguna de ellos se pueda introducir la figura del despido fraudulento, sin causa, que el TS ha declarado en varias sentencias que se tienen que calificar de improcedente y no nulo.

V) NORMATIVA PROCESAL. LEY REGULADORA DE LA JURISDICCION SOCIAL

La Ley 36/2011 de 10 de Octubre reguladora de la jurisdicción social mantiene la estructura de su antecesora el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral aprobada por Real Decreto Legislativo 2/1995 de 7 de Abril, con lo que consolida los principios rectores, distribución de reglas y organización interna de la anterior normativa, sin renunciar a introducir importante mejoras tendentes a modernizar el procedimiento y adaptación a la normativa vigente, unificando la materia laboral que permite dar una cobertura mas especializada y coherente, y en este sentido vamos a estudiar los distintos artículos que nos llevan a conocer el ámbito de los salarios de tramitación y su tratamiento por los órganos jurisdiccionales.

Este texto normativo refuerza la presencia en el juicio del FOGASA en su función de valer por los intereses públicos, otorgándole los poderes procesales necesarios para llevar a cabo su función de tutela de dichos intereses y se recaba su colaboración activa desde el primer momento, su interrelación con los órganos judiciales, la notificación a este organismo de las resoluciones que pudieran depararle en el futuro prestaciones de garantía salarial, aun cuando en ese momento no esté todavía la empresa desaparecida o en situación de insolvencia.

En el Titulo II de las partes procesales- Capitulo II de la intervención y llamada a juicio del FOGASA establece el artículo 23 su intervención y el artículo 24 el pago de las prestaciones por el FOGASA y subrogación en los derechos y acciones de los trabajadores.

En un apartado siguiente se estudiará la estructura y funcionamiento del FOGASA, por lo que solo se hace hincapié en este punto en el aspecto procedimental.

Podrá comparecer como parte en cualquier fase o momento de la tramitación del proceso, sin que tal intervención haga retroceder ni detener el curso de las actuaciones.

El Secretario Judicial lo citará como parte dándole traslado de la demanda, y además se le notificará cualquier resolución cuando pudiera derivarse responsabilidad en orden a las garantías salariales.

Como parte dispone de de plenas facultades para oponer excepciones y medios de defensa, pudiendo impugnar cualquier resolución, debiendo alegar todos los motivos de oposición que se refieran a la relación laboral.

Le estimación de la caducidad y la prescripción de la acción dará lugar a absolución del empresario y del FOGASA si se apreciase de oficio o a instancia de parte. La interrupción de la prescripción solo se producirá si se lleva a cabo ante un servicio administrativo.

La ley reguladora de la jurisdicción social contempla básicamente los siguientes supuestos en los que se pueden generar salarios de tramitación:

A) Con motivo de un despido disciplinario (artículos 103 a 113 de la LRJS) cuando sea declarado improcedente y se opte por la readmisión.

B) La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, por despido colectivo y otras causas de extinción (Artículo 120 a 124 de la LRJS), cuando el despido sea declarado improcedente y se opte por la readmisión.

C) Por movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo cuando la decisión empresarial sea injustificada y en la sentencia se le reconoce al trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo (Artículo 138 LRJS) y no se puede reincorporar.

D) Por la declaración de insolvencia empresarial, cuando en la sentencia se determine las cantidades que corren a cargo el FOGASA, se le requerirá por el Secretario judicial para su abono en el plazo de diez días (artículo 276 de la LRJS).(1)

(1) Previamente a la declaración de insolvencia se debe dar audiencia en el proceso al FOGASA para que pueda instar la práctica de diligencias y designe bienes del deudor principal o ejecutado.

Por su parte la jurisprudencia admite los salarios de tramitación en los casos en que no existe posibilidad de reincorporación a su puesto de trabajo por el cese de actividad de la empresa y/o por su desaparición.

A) DESPIDO DISCIPLINARIO

Con motivo del despido el trabajador puede reclamar contra el mismo dentro de los 20 días hábiles siguientes a aquel en el que se hubiera producido, plazo de caducidad a todos los efectos. La demanda de despido debe contener, además de los requisitos generales de toda demanda, la información necesaria para conocer las condiciones económicas y laborales del contrato de trabajo que sirven de base para su reclamación, como son antigüedad, categoría profesional, salario, lugar de trabajo, modalidad del contrato de trabajo, jornada, fecha efectiva del despido, si ha ostentado en el año anterior la cualidad de representante legal de los trabajadores, si se encuentra afiliado a un sindicato, etc.

Ratificada la demanda por el trabajador corresponde al empresario la carga de probar la veracidad de los hechos imputados que han motivado el despido disciplinario.

En el plano práctico, desde el punto de vista del trabajador, le conviene presentar la demanda el último día del plazo de 20 días de caducidad, con lo que al ser los salarios de tramitación los comprendidos entre la fecha del despido o la extinción de la relación laboral y la fecha de readmisión se consigue cobrar un mes más. El coste de la indemnización no cambia por retrasar la demanda al último día, pero el de readmisión sí, además de que la empresa tendría que pagar un mes más de cotización a la Seguridad Social de los salarios de tramitación, en ocasiones algunas empresas readmiten al trabajador con el objetivo de despedirle otra vez al día siguiente.

Ratificada la demanda por el trabajador corresponde al empresario la carga de probar la veracidad de los hechos imputados que han motivado el despido disciplinario.

Una vez que el empresario tenga noticias de la presentación de la demanda por el trabajador podría intentar la inmediata readmisión del trabajador para evitar el pago de salarios de tramitación, pero ante esta estrategia del empresario el Tribunal Supremo tiene establecido que una vez se haya producido la fecha efectiva del despido el trabajador no tiene la obligación de aceptar ninguna readmisión ofrecida por la empresa, ni aunque la ofrezcan antes del acto de conciliación, ni en el propio acto, para que la empresa pueda optar por la readmisión tiene que esperar a que haya juicio, ofrecer la readmisión incluso a través de una comunicación fehaciente no haría nada más que confirmar el despido improcedente; la readmisión antes de la sentencia solo es posible por acuerdo con el trabajador pero no por decisión unilateral de la empresa.

En términos generales las empresas suelen optar por la indemnización cuando la antigüedad del trabajador es baja o es inferior a 4 años, porque como se ha indicado a partir de los 91 días la empresa puede solicitar al Estado el pago de los salarios de tramitación.

Si el trabajador cuenta con bastantes años de antigüedad⁽¹⁾ lo aconsejable para la empresa es readmitir al trabajador ya que solo tienen que abonarle 90 días de salarios de tramitación, en vez de pagarle una indemnización económica importante.

La sentencia que se dicte podrá calificar el despido como (artículo 108 de la LRJS):

-PROCEDENTE

Cuando quede acreditado el incumplimiento por parte del trabajador, en cuyo caso su efecto inmediato es que se convalida la extinción del contrato sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación (artículo 109 LRJS).

La sentencia del TS 86/2017 de 1 de Febrero de 2017 estudia el caso de un despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual, fraude, deslealtad y abuso de confianza mediante manipulación de los tickets, hurtando diferentes cantidades, la trabajadora despedida trabajaba como dependienta con acceso a la caja recaudadora.

La peculiaridad del caso estaba en la forma de acreditación de la imputación ya que el centro de trabajo contaba con un sistema de video vigilancia sin que la trabajadora despedida, a pesar de conocer su existencia, había sido informada del destino que podía darse a las imágenes o que pudieran ser utilizadas en su contra.

El Juzgado de los social declara el despido improcedente condenando a la empresa a la readmisión a su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían su relación laboral, salvo que la empresa optara en el plazo de los cinco días posteriores a la notificación de la sentencia al abono de una indemnización, si finalmente la opción es la readmisión deberá abonar los salarios de tramitación devengados desde el despido hasta la notificación de la sentencia.

⁽¹⁾ La STS de 14 de Abril de 2005(RJ 5048) niega eficacia frente al FOGASA el acuerdo entre empresa y trabajadora reconociendo a ésta “a todos los efectos” una antigüedad superior a la real.

La sentencia es recurrida en suplicación ante el TSJ que confirma la sentencia de la primera instancia en su totalidad al considerar que la utilización como medio de prueba imágenes de la trabajadora obtenidas para fines de seguridad e incorporadas a un archivo de datos de carácter personal, sin autorización judicial, vulnera la garantía de jurisdiccionalidad que deja clara la LRJS en su artículo 90.4 que dispone que cuando sea necesario a los fines del proceso el acceso a documentos o archivos, en cualquier tipo de soporte, que pueda afectar a la intimidad personal u otro derecho fundamental ,el juez o tribunal, siempre que existan medios de prueba alternativas, podrá autorizar dicha actuación , mediante auto.

La empresa presenta recurso de casación para la unificación de la doctrina ante el TS que centra la cuestión controvertida en determinar si existió o no vulneración de los derechos de defensa por la inadmisión en la instancia de la prueba consistente en grabaciones de video realizadas por una cámara de seguridad instalada en previsión de robos y otros delitos en la empresa, por su posible ilicitud al haberse empleado para acreditar los hechos objeto del despido.

El TS estima el recurso de casación y considera el despido procedente después de contemplar la doctrina jurisprudencial que da por válida la prueba video gráfica al considerar que la trabajadora conocía la existencia de las cámaras, la empresa colocó el correspondiente distintivo visible de las cámaras y cabe dentro de las facultades del control empresarial que reconoce el artículo 20.3 del ET, cuya finalidad es controlar el cumplimiento de la relación laboral, donde el consentimiento que exige la normativa sobre protección de datos se entiende implícito en la propia aceptación del contrato de trabajo que reconoce el poder directo de dirección del empresario.

-IMPROCEDENTE

Por no acreditarse el incumplimiento, en cuyo caso se condenará al empresario a la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían ante de producirse el despido así como al abono de los salarios de tramitación a que se refiere el apartado 2 del artículo 56 del ET, aunque la empresa puede optar en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia al pago de una indemnización, aunque en el mismo acto del juicio puede la empresa anticipar su opción mediante manifestación expresa en tal sentido ,teniendo que pronunciarse el juez en la sentencia.

En caso de trabajadores representantes legales o sindicales de los trabajadores la opción prevista en el párrafo anterior corresponderá al trabajador.

En caso de acreditarse la imposibilidad de la readmisión por haber desaparecido la empresa puede acordarse tener por hecha la opción por la indemnización en la sentencia, declarando extinguida la relación laboral y condenando al empresario a abonar la indemnización por despido, calculada hasta la fecha de la sentencia (Artículo 110 LRJS).

La sentencia de instancia que declare el despido como improcedente puede ser recurrida en cuyo caso la opción del empresario será que si hubiese optado por la readmisión la sentencia se ejecutara de forma provisional como a continuación veremos. Si la opción ha sido por la indemnización no procederá la readmisión y se considerará al trabajador en situación legal de desempleo.

Si la sentencia que resuelve el recurso interpuesto por el trabajador eleva la cuantía de la indemnización, el empresario dentro de los cinco días siguientes a la notación de la sentencia puede cambiar el sentido de la opción, retrotrayendo la readmisión sus efectos económicos a la fecha de la primera elección, teniendo que satisfacer salarios de tramitación (artículo 111 de la LRJS).

La sentencia del TS 338/2015 de 19 de Julio de 2016 contempla el caso de un despido declarado improcedente en primera instancia con declaración de extinción de la relación laboral y condena a la empresa a pagar una cantidad en concepto de indemnización sin que haya lugar a salarios de tramitación absolviendo al FOGASA de todos los pedimentos formulados en su contra sin perjuicio de sus responsabilidades legales, sentencia que es recurrida en suplicación por el trabajador demandante ante el TSJ de Cataluña que desestima el recurso.

Recurrida en casación para la unificación de doctrina el TS admite en recurso en el sentido de reconocer el derecho a salarios de tramitación, ya que aunque el artículo 110 de la LRJS no comporta condena al abono de salarios de tramitación, pero si se activa la ejecución de la sentencia y constatarse posteriormente que la readmisión es imposible el Juzgado debería dictar auto dando por extinguido el contrato y condenando, entonces sí, al abono de los salarios de tramitación, además de la indemnización tomando como período de prestación de servicios el transcurrido hasta la fecha del auto judicial (art. 286.1 LRJS, con lo que se da a entender que se incentiva la prolongación del procedimiento.

El TS pone en relación el citado artículo 110.1.b con lo dispuesto en el artículo 56 del ET y los artículos 278 a 286 de la LRJS entiende que la solución es reconocer el derecho al percibo de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la fecha de la extinción de la relación laboral. Ahora bien la doctrina jurisprudencial ha sostenido que ese derecho a los salarios de tramitación requerirá siempre y en todo caso el cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Que la extinción de la relación laboral sea solicitada expresamente por el trabajador demandante.

b) Que en el acto del juicio se acredite la imposibilidad de su readmisión por cese o cierre de la empresa obligada o cualquier otra causa de imposibilidad material o legal.

Adoptar otra decisión no solo perjudicaría al trabajador sino que beneficiaría a la empresa, sería contrario a cualquier principio de economía procesal en tanto obligaría al trabajador, con la empresa cerrada, a no pedir la extinción de la relación laboral al momento de la sentencia y ha esperar a la ejecución de la sentencia, con readmisión implícita por falta de opción del trabajador y por tanto al devengo de salarios de tramitación a costa de una mayor dilación del proceso.

-NULO

Cuando tenga por móvil algunas de las causas de discriminación previstas en la constitución o en la ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, o cuando el trabajador se encuentre en las situaciones que se describen a continuación que deben ser perfectamente identificables ya que todas ellas conducen a la declaración del despido como nulo, a la obligación por parte del empresario a la readmisión con el abono de los salarios de tramitación correspondientes desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia , o a la fecha del reconocimiento del despido nulo en conciliación extrajudicial judicial o judicial.

Por su notable importancia se enumeran de manera detallada los supuestos que son los siguientes:

a) Durante la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d) del

apartado 1 del artículo 45 del ET, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período.

b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el de comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a del artículo 45, los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos del artículo 37 del ETb o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 del ET, trabajadores 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 suspensión de la relación laboral.

c) El de los trabajadores que después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubiera transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento de hijo.

Los supuestos anteriores serán de aplicación salvo que se declara la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos o excedencias señalados.

En el plano práctico, los supuestos de hecho anteriores sirven de vacuna al trabajador si tiene la certeza de que el empresario quiere despedirlo argumentando cualquier otro motivo que posteriormente no puede acreditar, ya que el despido será declarado nulo.

El efecto que produce la declaración de la sentencia de la nulidad del despido es la condena a la empresa a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios de tramitación. Si la sentencia fuera recurrida tanto por el trabajador como por el empresario, puede ser ejecutada de forma provisional de acuerdo con lo que dispone el artículo 297 que se estudiara en el apartado siguiente (Artículo 113 de la LRJS).

La sentencia del TS de la Sala de lo Social de fecha 6 de Abril de 2017 contempla el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla León recaída en el recurso de suplicación nº 796/2015 formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Valladolid dictada el 15 de Enero de 2015 sobre despido que fue declarado nulo condenando a la empresa a la readmisión de la trabajadora que se encontraba de baja laboral con abono de los salarios desde que se produzca el alta médica hasta la readmisión.

La trabajadora había sido despedida como consecuencia de un expediente disciplinario por falta muy grave de disminución voluntaria y continuada en el rendimiento normal del trabajo a raíz de una baja laboral por dolor en el cuello que le impedía desempeñar su trabajo con normalidad, tras un estudio de la empresa que evalúa el trabajo de forma periódica.

La sentencia del TSJ revoca la de instancia y declara la improcedencia del despido y condena a la empresa, para que opte por la readmisión con el pago de los salarios de tramitación o abone una indemnización. Para ello se basa en la doctrina del TS de 29 de Enero de 2001 y en la sentencia de Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de Abril de 2013 (C 335/2011 y 337/2011) que entiende que:

1º) Que pese a la dolencia cervical que afecta a la trabajadora y que le causa transitorias limitaciones para el trabajo, esto no le impide su participación en la vida profesional y en igual de condiciones que el resto de los trabajadores, ya que en caso contrario, es decir, si no podía participar en la vida profesional en igualdad de condiciones con el resto de los trabajadores era causa de discriminación prohibida por la Constitución o en la Ley.

2º) Que la baja laboral no va mas allá del tiempo durante el que se manifiesten las repercusiones limitativas.

3º) Que la sentencia distingue entre los conceptos de discapacidad y de enfermedad en el sentido de que la enfermedad que no suponga una limitación permanente no está comprendida en el concepto de discapacidad.

Para concluir que no cabe fundamentar la nulidad del despido en la protección legal del derecho a la indemnidad, sino que lo que se debate es el derecho al trabajo, derecho que no excluye la extinción indemnizada del contrato.

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de la doctrina al considerar que no existe contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste, y confirma la sentencia del TSJ ya que no consta que las dolencias de la trabajadora tengan repercusiones permanentes en el quehacer laboral de la actora, mas allá de sus transitorias repercusiones limitativas para el trabajo.

B) EXTINCION DEL CONTRATO POR CAUSAS OBJETIVAS, POR DESPIDO COLECTIVO Y OTRAS CAUSAS DE EXTINCION.

1) EXTINCION POR CAUSAS OBJETIVAS

Artículos 120 a 123 de la LRJS que en lo aquí nos interesa se ajusta a los procesos por despidos disciplinarios con las siguientes especialidades:

-El plazo de ejercicio de la acción sigue siendo 20 días hábiles.

-La percepción del trabajador de la indemnización ofrecida por el empresario o el uso del permiso para buscar ocupación nueva no enerva el ejercicio de la acción ni supone conformidad con la extinción del contrato de trabajo.

PROCEDENTE

-Se declara procedente la decisión extintiva si se cumplen los requisitos formales exigibles y se acredite la concurrencia de la causa, en caso contrario se calificará de improcedente con las consecuencias y efectos que hemos visto en el apartado anterior del despido disciplinario declarado improcedente sobre opción de readmisión o no a su puesto de trabajo.

La sentencia de Juzgado de los Social nº 5 de San Sebastián dictó sentencia el día 24 de Febrero de 2014 en la que declara que el despido de un trabajador es improcedente.

La empresa mediante escrito remitido al trabajador por medio de un burofax le anunciaba la extinción de su contrato de trabajo por motivos económicos, al amparo del 52.c) del ET, en la carta se hacía referencia a la evolución de la cifra de negocios de la empresa con una situación económica negativa lo que motivaba la necesidad de adoptar medidas de reducción de costes y al existir excedentes de plantilla a amortizar el puesto de trabajo.

El Juzgado de lo Social considera que no queda acreditada la situación económica de la empresa.

La empresa recurre en suplicación ante el STJ del País Vasco que en sentencia de 3 de Junio de 2014 desestima el recurso y en su Fundamento Jurídico Sexto indica que no puede asumirse la situación económica negativa de la empresa porque no cabe considerar probados ni los resultados ni las ventas del año 2013 que se indican en la carta de despido y de que no hay prueba de cuales fueron esos datos en realidad, no hay por tanto constatación comparativa de mermas en ventas o en merma de ingresos en tres trimestres consecutivos de un año en relación con el anterior, y que no cabe considerar existente un estado actual de pérdidas, ni previsión de futuro alguno.

IMPROCEDENTE

La decisión extintiva se calificará de improcedente cuando no se cumplan los requisitos establecidos en el apartado 1 del Artículo 53 del ET, aunque la no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización no determinarán la improcedencia del despido.

NULO

Si la decisión extintiva se declara nula por ser:

a) Discriminatoria o contraria a los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

b) Cuando se haya efectuado en fraude de ley eludiendo las normas establecidas en el apartado 1 del artículo 51 del ET.

c) Así como los supuestos que hemos visto anteriormente y que se dan por reproducidos para no repetirlos, relacionados con la maternidad, embarazo, permisos de lactancia, suspensión del contrato de trabajo, violencia de género, etc.

Si la extinción del contrato de trabajo se considera improcedente o nula se condenará al empresario en los términos del despido disciplinario, sin que los salarios de tramitación puedan deducirse de los correspondientes al período de preaviso (artículo 123 LRJS).

La sentencia de la Sala de lo Social del TS de fecha 7 de Julio de 2016 rec. 2536/2014 resuelve el despido de un contratado laboral indefinido no fijo del Ayuntamiento de Onil donde indica que los interinos por vacante e indefinidos no fijos han de seguirse la reglas de los artículos 51 o 52.c) ET(despido colectivo o despido objetivo) y de no hacerse así el cese constituye despido, que puede ser nulo si es un despido colectivo que afecte a varios trabajadores a la vez , o si se trata de objetivo/individual será improcedente con la pertinente indemnización alternativa a la readmisión. Se basa para dictar esta sentencia en la Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo de 24 de Junio (R.217/2013), doctrina reiterada en la sentencia del TS de 18 de Marzo de 2015(R.C.U.D. 1521/2014).

La trabajadora prestaba sus servicios en virtud de contrato de trabajo de interinidad por vacante del puesto de trabajo, estando regida la relación laboral por el Convenio Colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Onil.

Por parte de la Intervención Municipal se emitió informe económico en el que ante la imposibilidad de hacer frente a sus obligaciones por dificultades económicas se imponía la necesidad de adoptar medidas estructurales en base al plan de ajuste en base al Plan de Ordenación de Recursos Humanos que contempla la amortización de cuatro puestos de trabajo. En virtud de dicho plan el Ayuntamiento acordó extinguir la relación laboral derivada del contrato por amortización del puesto de trabajo.

Efectuada reclamación previa ante el Ayuntamiento y posteriormente intentado acto de conciliación sin avenencia, presentó demanda sobre despido que fue desestimada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Alicante absolviendo a los demandados.

Igualmente fue desestimado el recurso de suplicación interpuesto ante el TSJ de la Comunidad Valenciana y confirma la resolución recurrida al considerar la validez de la amortización del puesto de trabajo.

Sin embargo el TS considera que un contrato (fijo, temporal, indefinido no fijo) ve cercenada su continuidad porque la empresa pone en juego causas de tipo organizativo, técnico o productivo conducen a la misma conclusión, que la decisión de amortizar el puesto de trabajo desempeñado por el trabajador, operando para ello sobre la correspondiente Relación de Puestos de Trabajo, ha de canalizarse a través de los preceptos sobre despido por causas objetivas o, en su caso, colectivo. Tratándose de un despido objetivo individual, no colectivo, la calificación del despido es de improcedente por imperativo del artículo 122.3 de la LRJS lo que conlleva que se condene al empleador a que opte por la readmisión con el pago de salarios de tramitación o a que le indemnice.

2) DESPIDOS COLECTIVOS POR CAUSAS ECONOMICAS, ORGANIZATIVAS, TECNICAS O DE PRODUCCION O DERIVADAS DE FUERZA MAYOR (artículo 124 de la LRJS)

Cuando tras el oportuno proceso previsto para este tipo de despidos la sentencia declarará el despido como (1):

AJUSTADA A DERECHO

-Ajustado a derecho y por tanto los trabajadores tienen que someterse a lo dictado en el expediente del despido.

NO AJUSTADA A DERECHO

-No ajustada a derecho, cuando el empresario no haya acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva.

⁽¹⁾ 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.

NULO

Se declarará nulo cuando el empresario no haya realizado el período de consultas y no haya respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del ET u obtenido la autorización judicial de juez del concurso de acreedores, también cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos y libertades públicas. En este supuesto de nulidad la sentencia declarará el derecho de los trabajadores a la reincorporación a su puesto de trabajo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 123 de la LRJS antes referenciado y al percibo de los salarios de tramitación.

El trabajador individualmente afectado por el despido podrá impugnar el mismo de acuerdo con lo previsto en los artículos 120 a 123 de la LRJS, con una serie de especialidades según que:

a) El despido colectivo no haya sido impugnado por los representantes legales de los trabajadores. En este caso el despido se considerará nulo cuando, además de los motivos o causas antes indicadas y referidas a maternidad, embarazo, etc., así mismo cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.7 del ET, también será nula la extinción del contrato sin respetar la prioridades de permanencia establecidas en las leyes, convenios colectivos o acuerdos alcanzados durante el período de consultas.

b) Cuando el despido colectivo ha sido impugnado por los representantes de los trabajadores.

También se declarará nula la extinción, en el caso de impugnación por los representantes de los trabajadores, si no se respetan las prioridades de permanencia.

Con la declaración de nulidad de la extinción la sentencia declarará el derecho de los trabajadores a la reincorporación a su puesto de trabajo, con reconocimiento de salarios de tramitación, de tal forma que si el trabajador estaba percibiendo la prestación de desempleo tendrá que reintegrarle al SPEE la cantidad percibida, tanto si los salarios los percibe de la empresa o del FOGASA, en caso de desaparición y cese de la actividad o insolvencia de la empresa.

C) MOVILIDAD GEOGRAFICA Y MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE CONDICIONES DE TRABAJO.

Por movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo cuando la decisión empresarial sea injustificada y en la sentencia se le reconoce al trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo (Artículo 138 LRJS) y no se puede reincorporar.

El proceso se inicia con demanda de los trabajadores afectados por la decisión empresarial que se manifiesta a través de la notificación conforme a lo que dispone el artículo 59.4 del ET.

La sentencia deberá ser dictada en el plazo de cinco días y será inmediatamente ejecutiva, en la que se declarará la decisión empresarial:

JUSTIFICADA

a) Justificada la decisión empresarial, en la que se le reconocerá al trabajador el derecho a extinguir el contrato de trabajo.

INJUSTIFICADA

b) Injustificada, en cuyo caso se le reconocerá al trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo, así como el abono de los daños y perjuicios ocasionados.

NULA

c) Será declarada nula si se ha adoptado en fraude de ley, eludiendo las normas relativas al período de consultas establecido en los artículos 40.2 ,41. Y 47 del ET, por causas de discriminación previstas en la Constitución y en la Ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, incluidos los supuestos recogidos en el apartado 2 del artículo 108 de la LRJS.(1)

Cuando el empresario no procediere a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo o lo hiciere de forma irregular, el trabajador podrá solicitar la

ejecución del fallo y la extinción del contrato de trabajo por causa de lo previsto en la letra c) del apartado 1 del artículo 50 del ET, con el percibo de los salarios de tramitación.

D) POR DECLARACION DE INSOLVENCIA EMPRESARIAL (artículo 276 LRJS)

Por la declaración de insolvencia empresarial, cuando en la sentencia se determine las cantidades que corren a cargo al FOGASA, se le requerirá por el Secretario judicial para su abono en el plazo de diez días (artículo 276 de la LRJS).

(1) 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.

Como se verá a continuación es en la ejecución de sentencias, autos y actos de conciliación judicial donde el secretario judicial dictará decreto declarando, cuando proceda, la insolvencia total o parcial y a todos los efectos provisional, hasta que se conozcan si existen bienes embargados.

De estar determinadas en la sentencia que se ejecute las cantidades legalmente a cargo del FOGASA, firme que sea la declaración de insolvencia, el secretario judicial le requerirá para su abono en el plazo de 10 días.

En el supuesto de insolvencia provisional del empresario, el trabajador podrá reclamar directamente al Estado los salarios de tramitación que se hubieran generado cuando desde la fecha en que se tuvo por presentada la demanda por despido hasta la sentencia del juzgado que declara su improcedencia, hubiere transcurrido más de noventa días y no los hubiera reclamado la empresa, que de acuerdo con lo que dispone el artículo 116 y siguientes de la LJRS tiene derecho a reclamar el empresario. En el cómputo del tiempo no se tendrá en cuenta el tiempo invertido en subsanar la demanda o los períodos de suspensión del acto del juicio, a petición de parte o por presentación de querrela criminal cuando se alegase falsedad en documento.

Será requisito previo haber reclamado por la vía administrativa que hay que agotar antes de demandar al Estado por los salarios de tramitación y el Juez podrá privar al

trabajador de la percepción de los mismos si apreciase manifiesto abuso de derecho en su actuación procesal.

VI) EJECUCION DE SENTENCIAS, AUTOS Y ACTOS DE CONCILIACION

La ejecución de la sentencia firme es simplemente el acatamiento de lo juzgado por los tribunales, mientras que en la ejecución provisional se anticipa la condena emitida en un primer grado judicial pese a no conocer el criterio del segundo grado judicial en atención a la urgencia que tiene el trabajador en percibir lo reconocido. Por ello se distingue entre:

A) EJECUCION DE LAS SENTENCIAS FIRMES DE DESPIDO

Firme que sea la sentencia que declare:

- a) El despido improcedente en la que el empresario haya optado por la readmisión.
- b) Sea declarado nulo y se tenga que reincorporar el trabajador a su puesto de trabajo.

El empresario deberá comunicar al trabajador la fecha de su reincorporación para efectuarla en un plazo no inferior a tres días siguientes a la recepción del escrito, siendo de cuenta del empresario los salarios que se generen desde la notificación de la sentencia hasta que tenga lugar la readmisión, salvo por causa imputable al trabajador que no se reincorpore en la fecha prevista.

Sin embargo puede ocurrir que el empresario, a pesar haber optado por la readmisión por ser obligatoria por haber sido declarado el despido nulo, no readmita al trabajador:

1) Por propia voluntad de la empresa

Si la empresa no readmite al trabajador podrá este solicitar la ejecución de la sentencia dentro del plazo de prescripción de los 20 días siguientes:

- A la fecha prevista para la readmisión
- Si está hubiese tenido lugar y se considerara que ha sido irregular a la fecha de readmisión.

- A aquel en que expire el plazo de los diez días cuando no se hubiese señalado fecha para reanudar la prestación.

Dando inicio al incidente de no readmisión que puede finalizar con un auto judicial declarando:

a) Extinguida la relación laboral en la fecha de la resolución.

b) Acordará el abono al trabajador de las percepciones económicas previstas en los apartados 1 y 6 del artículo 56 del ET.

c) Además como perjuicio ocasionado por la no readmisión a una indemnización adicional de hasta 15 días de salario por año de servicio y un máximo de 12 mensualidades

d) Condenará el 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 fecha de la mencionada resolución.

Las consecuencias finales del incumplimiento del empresario serán las acordadas por el secretario judicial y serán las siguientes:

A) Que el trabajador continúe percibiendo su salario con la misma periodicidad y cuantía declarada en la sentencia.

B) Que el trabajador continúe en alta y con cotización en la Seguridad Social.

C) Si es trabajador es delegado sindical o representante de los trabajadores podrá continuar desarrollando sus funciones.

2) Por imposibilidad de la empresa

Cuando se acredite el cese o cierre de la empresa, o cualquier otra causa de imposibilidad material o legal, en cuyo caso el Juez decretará la extinción de la relación laboral y acordará que se abonen al trabajador las indemnizaciones y los salarios dejados de percibir que señala el apartado 2 del artículo 281 que se ha explicado en el apartado anterior.

La sentencia de Pleno del TS de 28 de Enero de 2013 rec. 149/2012 establece la doctrina de que sin con posterioridad al despido surge una acontecimiento que imposibilita la readmisión del trabajador ha de estarse al cumplimiento del único término de la obligación legal que sigue siendo posible que es el abono de la indemnización. Pero una vez ha optado la empresa por la readmisión y esta deviene imposible o irregular e instada por el trabajador el incidente de ejecución de sentencia

la resolución judicial mediante auto debe reconocer al trabajador a percibir la indemnización por despido improcedente y los salarios de tramitación hasta la fecha de la resolución tal y como estima la sentencia 713/2013 de 4 de Abril del TSJ de Andalucía en el caso de un trabajador despedido por el Ayuntamiento de Pinos Puento(Granada) en la que declarado el despido improcedente el Ayuntamiento opta por la readmisión del trabajador, pero el mismo día del inicio de la jornada se entrega al trabajador un escrito en el que se le comunica la amortización del puesto de trabajo y la extinción de la relación laboral al amparo del artículo 49.1.c que contempla el supuesto de la extinción del contrato de trabajo por finalización d la obra o servicio objeto del contrato. El TSJ de Andalucía condena al Ayuntamiento de Pinos Puento a indemnizar al trabajador por despido improcedente y al pago de los salarios de tramitación, pero desestima la indemnización adicional de 15 días de salario por año de servicio, al considerar que la opción por la readmisión está vacía de contenido, ya que la empleadora evita tanto la efectiva readmisión cuanto el abono de la indemnización, además de considerar la maniobra del Ayuntamiento tendente a burlar el pronunciamiento judicial sobre improcedencia del despido.

La sentencia del TS de fecha 5 de Abril de 2017 recurso 1491/2016 resuelve el recurso de casación para la unificación e la doctrina que plantea el FOGASA al incluir la sentencia de instancia la condena por despido improcedente el importe de los salarios de tramitación, cuando en la misma sentencia se declara extinguida la relación laboral por ser imposible la readmisión al haberse producido el cierre de la empresa, la empresa había sido declarada en situación de concurso voluntario de acreedores.

El FOGASA pretendía que debía suprimirse de la condena el concepto de salarios de tramitación, sin embargo el TS desestima el recurso y confirma la sentencia del TSJ de Galicia que a su vez confirmaba la sentencia de instancia en la que condenaba a la empresa por despido improcedente extinguiendo la relación laboral a la fecha de la sentencia al abono de la indemnización correspondiente, al no ser posible la readmisión por cese de la actividad de la empresa y al abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la fecha de la extinción de la relación laboral, absolvía al FOGASA de su responsabilidad directa sin perjuicio de su responsabilidad subsidiaria.

3) En los casos de declaración de nulidad del despido por acoso laboral, sexual o por razón de sexo o de violencia de género en el trabajo, la víctima podrá optar por extinguir la relación laboral con el correspondiente abono de la indemnización y de los salarios de tramitación desde la fecha de la notificación de la sentencia hasta el día de la opción, el juez puede fijar además una indemnización adicional de 15 días de salario por año de servicio.

El incumplimiento injustificado del trabajador del requerimiento empresarial de reanudación de la prestación de servicios supondrá la pérdida de los salarios.

B) LA EJECUCION PROVISIONAL DE LAS SENTENCIAS RECURRIDAS

Le ejecución provisional(1) se predica de las sentencias recurridas y aunque las LRJS acoge varias figuras de ejecución provisional sin embargo solo vamos a tratar las producidas en materia de despidos nulos o improcedentes con opción de readmisión que es donde cabe la ejecución provisional por aplicación del artículo 297 de la LRJS, ya que son las que lo posibilitan, ya que si el empresario elige la indemnización, el trabajador pasa a la situación legal de desempleo y por tanto no hay ejecución provisional.

Acordado por el Juzgado la nulidad o improcedencia del despido, mas la condena que les es propia a estas sentencias, readmisión con salarios de tramitación en la nula y en la improcedente si el empresario opta por esta opción; le ejecución provisional de resoluciones judiciales se llevará a cabo por el mismo juzgado que haya dictado la resolución a ejecutar. (2)

La ejecución provisional de la readmisión supone la reinstalación del trabajador a su puesto de trabajo que puede ser:

a) Real

En la que el empresario paga los salarios a cambio de los servicios que presta el trabajador.

b) Fingida

El empresario paga salarios pero prefiere prescindir de los servicios del trabajador.

El derecho al abono de los salarios es absoluto y se prolonga hasta la fecha de la firmeza de la sentencia recaída en el recurso, y si esta resulta desfavorable al trabajador nada tiene que reintegrar durante el período de ejecución provisional y conservará el derecho a que se le abonen los devengados durante la tramitación del recurso. Y que no hubiere aún percibido en la fecha de la firmeza de la sentencia.(3)(4)

(1) Por medio de la ejecución provisional se consigue que el trabajador ejerza su derecho a percibir parte de lo concedido por la sentencia recurrida durante la tramitación del recurso.

(2) La ejecución provisional puede ser solicitada tanto por el ejecutante-trabajador como por el ejecutado-empresario y el juez debe resolver previa audiencia de las partes.

(3) El trabajador está obligado a continuar con la prestación laboral

(4) El empresario solicita la ejecución provisional para que el trabajador reanude la prestación de servicios.

La solicitud de la ejecución provisional puede ser solicitada tanto por:

-El trabajador cuando exige al empresario el cumplimiento de la obligación, cuando se le impide prestar servicio con cualquier excusa, la sentencia debe ser cumplida en sus propios términos.

-Por el empresario, para que quede acreditado que el trabajador no quiere reincorporarse a su puesto de trabajo, incurriendo en pérdida definitiva del salario, o que quede constancia que el trabajador presta servicios para terceros.

-La inactividad de ambas partes, en cuanto a la solicitud de ejecución provisional suscita el problema de que sucede con los salarios al tiempo del recurso, los anteriores provocados hasta la notificación de la sentencia y los posteriores hasta la sentencia del tribunal superior, ya que quedan en la incertidumbre en el despido improcedente pues en el despido nulo se deben todos.

Excepcionalmente cuando la readmisión no sea posible y se den los presupuestos la ejecución puede consistir en el anticipo de condenas de cantidad al empresario (Artículo 301 de la LRJS).

Por ejemplo, en los contratos temporales que han concluido antes de plantearse el recurso, en los que ya no cabe la readmisión, en estos casos se ofrece la solución de que podrán concederse anticipos reintegrables si tienen como origen la condena al

empresario al pago de una cantidad, la condena puede contener el pago de salarios de trámite.

El TSJ Sala de lo social de La Coruña resuelve el siguiente caso:

Una profesora fue omitida en el llamamiento para impartir curso , a pesar de encontrarse en la lista de colaborados laborales habilitados para impartir cursos ,lo que dio lugar a que se considerara despedida interponiendo la correspondiente demanda, obteniendo una sentencia favorable, en primera instancia, a la consideración del despido como nulo y condenando a la Consellería de Educación a que de manera inmediata procediera a la readmisión de la actora en las mismas condiciones anteriores al despido, con abono de los salarios que le corresponderían en el supuesto de haber efectuado el llamamiento para impartir los cursos hasta la finalización de los mismos.

La Consellería demandada presenta recurso de suplicación que es desestimado y confirma la del Juzgado de lo Social. A continuación presente escrito en fase de ejecución provisional alegando que no procede la reincorporación por no existir los cursos que tenía que impartir.

La demandante formula incidente de ejecución sobre readmisión provisional irregular que es estimado parcialmente, donde dicta auto en el que se declara nula y sin efecto la resolución de la Consellería de Educación, ante lo cual la Consellería presenta primero recurso de reposición y posteriormente de suplicación que es desestimado con condena en costas, y luego recurso de casación para la unificación de la doctrina que no es admitido.

En ejecución de la sentencia firme del Juzgado de lo Social confirmada por el TSJ ordena la inmediata readmisión de la actora en las mismas condiciones anteriores al despido con el abono de los salarios dejados de percibir. La demandante recibe un escrito de la Consellería informándole que no procede el abono de ninguna cantidad en concepto de salarios de tramitación.

Se convoca a las partes a vista incidental donde se fijó la cantidad de 2.950 euros debiendo seguir adelante la ejecución por dicho importe, auto que de nuevo fue recurrido alegando la Consellería que la demandante no tenía que ser llamada atendiendo a su posición en la lista y que en definitiva no se generaban salarios de tramitación.

El TSJ en sus fundamentos de derecho tiene en cuenta las siguientes consideraciones para a continuación desestimar el recurso de suplicación contra el auto:

1º) El derecho a la tutela judicial efectiva incluye no solo el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales sino también a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas, no estando permitida su modificación fuera de los casos previstos en el ordenamiento jurídico. De tal forma que no es posible variar en el seno de la ejecución lo establecido en el título ejecutivo, esto es la sentencia firme.

2º) La ausencia del ejecutante de las listas de profesores o colaboradores habilitados no impide su llamamiento ya que en vía de ejecución no cabe cuestionar si correspondía o no haber sido llamada cuando el no hacerlo ha sido el motivo del despido que al tiempo determina el devengo de salario objeto de condena.

Además la ejecutada no acreditó la base de argumento aportando en su momento la información necesaria para conocer el número de readmitidos, los preferentes a la demandante, los que renunciaron o desatendieron el llamamiento, facilitando así el llamamiento a la demandante.

3º) El importe de salarios de tramitación corresponde con el fijado en el título ejecutorio fijado conforme al salario regulador del mismo, sin que pueda pretenderse el abono de un salario diferente al fijado por aplicación del Convenio Colectivo del personal laboral.

C) EJECUCION DE AUTOS (1)

Cuando no se lleve a cabo la readmisión o esta se produce de manera irregular, le corresponde al trabajador solicitar la ejecución de la sentencia ante el mismo juzgado que la ha dictado. (2)

Se manejan dos plazos para solicitar la ejecución del fallo:

a) El plazo de 20 días, contados día a día sin incluir los días inhábiles, cuando por parte del empresario:

-Si el empresario no fija el día de reincorporación se cuenta a partir de los 10 días de que disponía para pedir al trabajador la reincorporación.

-Si el empresario si fija el día de reincorporación pero no readmite al trabajador se cuenta desde el día siguiente al día señalado para la reincorporación.

-Si la readmisión es irregular se cuenta desde el día siguiente a la reincorporación.

Existe un plazo de tres meses, contado de fecha a fecha, que se cuenta a partir del día siguiente al que adquirió firmeza la sentencia, pero en este caso el trabajador pierde

los salarios correspondientes al tiempo que va desde aquellos 20 días que transcurrieron hasta el día que presenta su solicitud.

Ambos plazos son de prescripción que pueden excepcionarse u oponerse por el empresario.

Instada la ejecución el juez por medio del incidente de ejecución dictará:

a) Auto despachando la misma, el incidente se sustancia a través de una vista en la que si no se presenta el trabajador se le tendrá por desistido, si en cambio es el empresario la vista se celebra sin su presencia.

En lo que interesa, con independencia de lo que se resuelva, el trabajador conserva intactos los salarios de tramitación respecto de los cuales podrá solicitar la ejecución dineraria.

(1) Se trata de una resolución judicial que pone fin a un incidente en la ejecución de una sentencia firme.

(2) Cualquier que sea la decisión judicial que se adopte sobre el incidente de no readmisión, el trabajador conserva intactos los otros derechos reconocidos en la sentencia como pueden ser los salarios de tramitación respecto de los cuales el trabajador podrá solicitar la ejecución dineraria con independencia del resultado de la ejecución por la vía del incidente de no readmisión.

La resolución judicial en forma de auto puede contener además de la indemnizaciones propias del despido improcedente, es decir 33 días de salario por año de servicio, además una indemnización adicional, potestativa para el Juez, de hasta 15 días de salario por año de servicio.

A lo anterior hay que sumar los llamados salarios de trámite que comprenden los dejados de percibir desde la fecha de la notificación de la sentencia hasta la fecha del auto extintivo.

El auto debe fijar la cantidad concreta que ha de pagar el empresario de salarios de tramitación que van desde la notificación de la sentencia hasta la fecha del auto.

Por contraste con la anterior modalidad que se circunscribe a la improcedencia, si estamos ante una sentencia que decreta la nulidad del despido o de la extinción de contrato, o cuando se trate de la opción del trabajador representante de los trabajadores o delegado sindical, llegamos al punto de la readmisión forzada donde la sentencia debe

ser ejecutada en sus propios términos. En cuyo caso el empresario debe pagar los salarios de tramitación hasta la reincorporación efectiva del trabajador.

En caso de persistir el empresario en su negativa a reincorporar al trabajador a su puesto de trabajo, a pesar del auto dictado en el incidente de ejecución, podrá el juez adoptar medidas coercitivas entre las que se encuentra la percepción por parte del trabajador del salario con la periodicidad y cuantía declarada en la sentencia, para ello puede despachar ejecución tantas veces como fuere necesario por un cantidad equivalente a seis meses de salario, además de otras medidas entre las que se encuentra mantener en alta y cotización a la Seguridad Social al trabajador.

b) Auto en que declarará extinguida la relación laboral en la fecha de la resolución, ante la imposibilidad de readmisión del trabajador, y acordará abonar al trabajador además de la indemnización correspondiente los salarios dejados de percibir desde que se declaró la improcedencia hasta la fecha del auto.

La sentencia del TS de 4 de Junio de 2014 rec 1395/2013 resuelve sobre la naturaleza jurídica de los plazos establecidos en los artículos 276 y 277 de la antigua Ley de Procedimiento Laboral con redacción prácticamente idéntica a los actuales 278 y 279 de la LRJS. La secuencia poniendo atención en las fechas es la siguiente:

-Una empresa despide a una trabajadora con efectos del día 15 de Julio de 2009.

-La trabajadora despedida impugna judicialmente la decisión empresarial solicitando una indemnización mayor que le fue recocado por el Juzgado de lo Social en sentencia de fecha 27 de Noviembre de 2009, notificada a la trabajadora el 4 de Diciembre de 2009.

-La empresa cuestionando solo el importe de la indemnización anuncia la interposición del recurso de suplicación el día 14 de Diciembre, tres días después el día 17 de Diciembre presentó un nuevo escrito en el Juzgado subsanando el anterior en el sentido de que había omitido mencionar que optaba por la indemnización en vez de la readmisión. Subsanación rechazada por el Juzgado por medio de providencia al día siguiente 18 de Diciembre y confirmada el día 17 de Febrero por medio de auto al considerar que dicha opción resultaba extemporánea. Por tanto al no optar se producía la readmisión con derecho al pago de salarios desde el despido hasta la fecha de la notificación sentencia.

-El recurso de suplicación contra el auto de 17 de Febrero de 2010 estimando reducir la indemnización pero manteniendo la extemporaneidad de la opción a favor de la indemnización.

-El día 20 de Julio de 2010 una vez que llegó al Juzgado la sentencia de suplicación el día 6 de Julio, la actora instó la ejecución definitiva, acordando el Juzgado mediante auto la extinción de la relación laboral con efectos de ese mismo día y el abono de los salarios de tramitación desde el despido desde la fecha del despido el día 15 de Julio de 2009 hasta la fecha del auto el día 8 de Septiembre de 2010.

-Este auto fue a su vez recurrido en suplicación por ambas partes y resuelto por el TSJ de Madrid que acordó que los salarios de tramitación correspondientes son los ocasionados desde la fecha del despido hasta la fecha de la notificación e la sentencia, así como a los generados desde el día 21 de Julio hasta la fecha del auto el día 8 de Septiembre de 2010 que acordó la extinción de la relación contractual .La sentencia del TSJ de Madrid excluye la solicitud formulada por la trabajadora de reincorporación el día 21 de Junio de 2010, por se extemporánea, y por tanto los salario desde el día 21 de Junio hasta el día 21 de Julio de 2010.

Ya que ni la empresa ha requerido la reincorporación de la trabajadora dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia dictada en suplicación que fue el día 10 de Junio de 2010, es decir no notificó la readmisión entre los días 11 y 20 de Junio de 2010, ni la trabajadora ha solicitado la ejecución definitiva de sentencia dentro de los 20 días siguientes a la finalización del plazo que se acaba de indicar, pues lo solicitó el día 20 de Julio de 2010.

El TSJ de Madrid recuerda que en materia de ejecución de sentencias firmes, la solicitud de reincorporación laboral por parte del trabajador está sujeta a un plazo de prescripción que si se incumple acarrea distintas consecuencias:

- Si incumple el plazo corto se pierde el derecho a los salarios de tramitación
- Si incumple el plazo largo se pierde el derecho a la reincorporación

Y concluye el TSJ de Madrid que la solicitud extemporánea de la trabajadora de reincorporarse a su puesto de trabajo ocasiona la pérdida de los salarios de tramitación para el período comprendido entre el 21 de Junio y el día 21 de Julio de 2010 en que solicitó la ejecución definitiva.

En los preceptos indicados los plazos se computan sobre días hábiles, tal y como viene indicando la jurisprudencia, como por ejemplo en la sentencia del TSJ del País

Vasco de 29 de Junio de 2010(Recurso 1163/10), donde se debatía sobre si los plazos en los preceptos antes indicado son o no de naturaleza procesal y en consecuencia para su cómputo han de tomarse en consideración como días hábiles o naturales.

D) EJECUCION DE ACTOS DE CONCILIACION

El intento de composición de conflicto, es decir llegar a un acuerdo antes de la celebración del juicio, se realiza a través de:

A) Conciliación previa administrativa o extrajudicial

Un primer intento de conciliación ante el servicio de mediación administrativo o ante el órgano que asuma estas funciones (artículo 63.1 LRJS), al que se conoce como acto de conciliación administrativa o extrajudicial.

Se inicia con la presentación de la oportuna solicitud conocida también como papeleta de conciliación que tiene la virtud de interrumpir los plazos de prescripción y de suspender los de caducidad.

Ambas partes están obligadas a comparecer para tratar de alcanzar un acuerdo, con distinta responsabilidad para una de las partes en caso de incomparecencia.

En caso de alcanzarse avenencia, evitándose así el proceso, lo acordado constituirá título para iniciar acciones ejecutivas, sin necesidad de ratificación jurisdiccional, y pudiendo proveerse a su ejecución como si se tratase de una sentencia (artículo 68.1 LRJS) .Lo que nos conduce a lo tratado anteriormente dentro de la ejecución de sentencias.

La frustración del intento de conciliación significa que el proceso no ha sido evitado dejando abierta la vía de la demanda ante el órgano jurisdiccional. Es requisito previo para la iniciación del proceso laboral el acto de conciliación.

La sentencia del TS de fecha 25 de Junio de 2013 rec. 1329/2012 resuelve el despido de un trabajador, el trabajador presenta papeleta de conciliación, celebrada la misma la empresa reconoce la improcedencia del despido y optaba por la readmisión del trabajador dejaba de pagar los salarios de tramitación hasta que se acreditara por el trabajador la cantidad recibida en concepto de prestación de desempleo. El trabajador solicitante no acepta la readmisión e invoca su derecho a obtener un pronunciamiento judicial sobre el despido, por tanto el acta se cerraba sin avenencia. El trabajador no acudió al trabajo a pesar de ser convocado a través de burofax.

La sentencia estima la demanda y declara la improcedencia del despido y condena a la empresa a que opte por la readmisión o el abono de una indemnización. Recurrida en suplicación ante el TSJ de Asturias, por parte de la empresa, estima el recurso en lo relativo al abono de salarios de tramitación únicamente desde la fecha del despido hasta el día del acto de conciliación al entender que el trabajador había perdido el derecho a percibirlos hasta la fecha de la sentencia al no haberse reincorporado a su trabajo.

El trabajador presenta recurso de casación para la unificación de la doctrina donde se debatía el alcance de los salarios de tramitación en casos de despidos reconocidos como improcedente, si es hasta el momento en que el trabajador rechazó la readmisión ofrecida por el empresario en el acto de conciliación administrativa o si lo es hasta el día en que se notificó la sentencia de instancia que conforma la improcedencia del despido.

El Tribunal Supremo fija doctrina en el sentido de que aunque existe allanamiento por parte de la empresa con ofrecimiento de readmisión al trabajador se restablece el vínculo contractual ya inexistente, y la negativa del trabajador a reincorporarse implica dimisión de éste por entender que con dicho allanamiento el trabajador dejaba de estar despedido, dejando de lado la naturaleza consensual y bilateral del contrato de trabajo y que su finalización tuvo por causa la sola voluntad de la empresa. La decisión empresarial de despedir implica la inmediata extinción del vínculo laboral con el cese de las obligaciones recíprocas derivadas del contrato de trabajo, y que el ofrecimiento de la empresa rechazada por el trabajador no equivale a la dimisión del mismo, tanto si la oferta se hace en trámite extrajudicial o judicial, como si se hace después de presentarse la demanda e incluso en supuestos en que la retractación empresarial tiene lugar después del cese pero antes de presentarse la papeleta de conciliación.

Concluye la sentencia indicando que para limitar el devengo de salarios de tramitación que se podían generar desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia la opción es la alternativa de la indemnización.

B) Conciliación judicial

Un segundo intento que se celebra ante el órgano judicial que conoce de la demanda tras el fracaso del primer intento que se lleva a cabo ante el secretario judicial según previene el artículo 84.1 LRJS, donde el secretario intentará a través de una labor mediadora alcanzar un acuerdo.

La conciliación puede terminar con o sin avenencia de las partes:

a) Con avenencia

En cuyo caso el secretario dictará decreto aprobándola y acordando el archivo de las actuaciones, el acuerdo posee el carácter de transacción judicial, con valor y efectos de cosa juzgada y puede llevarse a efecto por los trámites de la ejecución de sentencias.

La ley permite la impugnación por las partes, como por terceros perjudicados por el mismo, como puede ser el FOGASA que dispone de las facultades otorgadas a las partes para la defensa del interés público.

La impugnación se puede realizar por medio de la acción de nulidad, anulabilidad y rescisión dentro de los 30 días, plazo de caducidad, siguiente al de la fecha de celebración.

La sentencia del TSJ de fecha 27 de Mayo de 2015 contempla el caso de una empresa llega a un acuerdo en conciliación judicial, tras un despido objetivo por las causas previstas en los artículos 51 y 52, reconoce la improcedencia del despido y el pago de una indemnización adicional. El FOGASA ,en un primer momento admite el pago de una cantidad para posteriormente solicitar el reintegro de las cantidades abonadas alegando que del acuerdo alcanzado en conciliación ninguna responsabilidad le corresponde al FOGASA en las extinciones que hayan sido declaradas como improcedentes, tanto en conciliación administrativa o judicial como mediante sentencia.

En lo que aquí interesa, el acuerdo una vez aprobado se puede ejecutar como si de una sentencia se tratara lo que nos conduce también al anteriormente tratado dentro de la ejecución de sentencias.

b) Conciliación sin avenencia

Si no hubiera avenencia o ésta no alcanzase a la totalidad de las pretensiones deducidas se pasará a juicio, sin perjuicio de poder alcanzar en cualquier momento un ulterior acuerdo antes de que haya sentencia.

VII) EL FONDO DE GARANTIA SALARIAL

Legislación que regula el Fondo de Garantía Salarial:

- Para el reconocimiento y pago de prestaciones el Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de Octubre por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores, artículo 33 que regula el Fondo de Garantía Salarial(FOGASA)

- La ley 36/2011 Reguladora de la Jurisdicción Social
- La ley Concursal 22/2003 de 9 de Julio
- Real Decreto 505/1985 sobre Organización y el Funcionamiento del FOGASA
- Real Decreto que cada año dicta el Gobierno para fijar el salario mínimo interprofesional.
- Ley 47/2003 General Presupuestaria, ya que los derechos y obligaciones del FOGASA forman parte de la Hacienda Pública.
- Directiva 80/987/CEE sobre protección al trabajador ante la insolvencia del empresario incorporada a la Directiva 2008/94/CE.

A) Constitución

Es un organismo autónomo con personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines entre los cuales se encuentra actuar como garante del efectivo cobro de salarios e indemnizaciones por extinción de los contratos de trabajo en los casos de insolvencia empresarial o concurso del empresario, y por disposición de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en los casos de desaparición de la empresa atendida la imposibilidad de opción por cese en la actividad.

La sentencia del TS, Sala de lo Social, 3630/2016 de 18 de Marzo de 2018, donde un trabajador al que se le comunica la extinción de la relación laboral por fin del contrato temporal, cuando la empresa demandada ha cesado su actividad, donde en primera instancia el Juzgado declara la improcedencia del despido y atendiendo a la imposibilidad de opción por cese en la actividad, declara extinguida la relación laboral, condena a la empresa y absuelve al FOGASA.

Recurrida por el trabajador demandante, en suplicación, la Sala de lo Social de TSJ confirma la de instancia y desestima el recurso.

Instituto recurso de casación para unificación de la doctrina ante el TS, éste condena a la empresa y al FOGASA, hasta el límite de su responsabilidad legal, en base a los siguiente fundamentos, parte de que el artículo 110.1.b) de la LRJS podría llevar a entender que no procede a la condena a salarios de tramitación al no estar expresamente previsto de forma expresa, pero una correcta interpretación sistemática e integradora del artículo 110.1.b), el artículo 56.3 y el artículo 286.1 de la LRJS que establece que cuando se acredite la imposibilidad material o legal, el juez dictará auto declarando extinguida la relación laboral y acordará que se abonen al trabajador

la indemnización y los salarios dejados de percibir que señala el apartado 2 del artículo 281; es decir el derecho a percibir los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la fecha de la extinción laboral, solución seguida en sentencias de 28-1-2013(rcud. 149/2012) y 27 de diciembre de 2013(rcud. 3034),en supuestos singulares de imposibilidad de readmisión.

Se basa para ello, en la bondad de los antecedentes, en la práctica forense, criterios de economía procesal, para no perjudicar al trabajador injustamente despedido, ya que una interpretación estricta perjudica al trabajador y beneficia a la empresa que es la que ha causado el perjuicio. El trabajador despedido de forma improcedente y con la empresa cerrada, se vería obligado a no pedir la extinción de la relación laboral al momento de la sentencia y a esperar a su ejecución y con readmisión implícita por falta de opción del empresario y en ese momento al devengo de salarios de tramitación ocasionado una mayor dilación procesal.

Para que se produzca esta situación el TS requiere de los siguientes requisitos:

- Que la extinción de la relación laboral sea solicitada expresamente por el trabajador demandante en la demanda.
- Que en el acto del juicio se acredite la imposibilidad de su readmisión por cese o cierre de la empresa obligada o cualquier otra causa de imposibilidad material o legal.

b) Financiación

Se financia con las aportaciones efectuadas por los empresarios públicos y privados por todos los trabajadores que tengan a su servicio, aportaciones que se obtienen que se obtiene de aplicar el 0'40% a las bases de cotización para accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

c) Prestaciones

Abonará las cantidades reconocidas como en sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción del contrato de trabajo conforme a lo dispuesto en el ET en los artículos 50,51 y 52, y en el artículo 64 de la Ley Concursal.

d) Salarios de tramitación

A los efectos que nos interesa en relación con los salarios de tramitación, considera salario la cantidad reconocida a que se refiere el artículo 26.1 del ET, así como los salarios de tramitación en los supuestos en que legalmente procedan.(1)

e) Límites

Estableciendo un límite para su cálculo y percepción, límite que consiste en:

-No puede abonar un importe superior a la cantidad resultante del multiplicar el salario correspondiente al trabajador en el momento del devengo o como máximo el doble del salario mínimo interprofesional diario cuando aquel rebase esta cifra, antes de la reforma era el triple, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias, por el número de días pendientes de pago con un máximo de 120 días, antes de la reforma eran 150 días. (2)

Aprovechando la situación de crisis económica por la que pasa nuestro país el Gobierno ha reducido las prestaciones económicas en general, entre ellas los salarios de tramitación, utilizando para ello un módulo inferior, pasando del triple al doble del salario mínimo interprofesional y limitando el número de días de 150 a 120 días.

-Como regla general, para su cálculo se tomará como base 30 días por año de servicio, pero si la empresa se encuentra en procedimiento concursal la base para el cálculo serán 20 días de salario por año de servicio, en este caso la cantidad resultante se reducirá con la cantidad pagada por el empresario. En todos los casos con el límite máximo de una anualidad.

(1) Si en la conciliación se pactan cantidades genéricas como saldo y finiquito sin separar partidas salariales de las que no lo son no nace la responsabilidad del Fondo (STS de 22 de Enero de 2008)

(2) El salario mínimo de referencia será el vigente en el momento de la insolvencia empresarial.

f) Régimen de prestaciones

En cuanto al régimen de prestaciones hay que indicar que el FOGASA tiene que instruir un expediente (1) para la comprobación de la procedencia del pago de la prestación:

1º) Titulares del derecho

Todos los trabajadores vinculados por relación laboral a los empresarios públicos o privados cuando sean titulares de un crédito por salarios incluidos los de tramitación.

2º) Créditos por salarios

Se consideran créditos salariales protegidos los recogidos en el artículo 26.1 del ET entre los cuales se encuentran los que retribuyan el trabajo efectivo y los períodos de descanso computables como de trabajo.

3º) Insolvencia empresarial

Se entiende que existe insolvencia del empresario, cuando instada la ejecución en la forma establecida en la Ley 36/2011 Reguladora de la Jurisdicción Laboral, no se consiga la satisfacción de los créditos laborales. La resolución en que conste la declaración de insolvencia será dictada previa audiencia del FOGASA.

Durante el plazo concedido para cumplimentar el trámite de audiencia, el FOGASA realizará cuantas gestiones estime necesarias en orden a la verificación de la real situación económica de la empresa, especialmente la citación a ésta y a los trabajadores.

El FOGASA ha defendido que únicamente tiene obligación de abonar las prestaciones de manera subsidiaria cuando se declara la insolvencia de los deudores directos y hasta el límite establecido legalmente; sin embargo la sentencia del TS nº 236/2018 de fecha 1 de Marzo de 2018 ha unificado doctrina respecto a ambas cuestiones y a pesar de que se trata de indemnizaciones y no salarios de tramitación no obstante el fondo de asunto se puede aplicar para ambas prestaciones.

(1) Expediente que se inicia de oficio o a instancia de parte de los interesados con aportación de la documentación que acredite el reconocimiento de la deuda salarial.

Se trata de un trabajador que presta servicios para una empresa de astilleros que fue declarada en situación de concurso voluntario de acreedores, en el seno del mismo se promueve un ERE para la extinción colectiva de contratos de trabajo. Interviene la Junta de Andalucía llegando a un acuerdo con los sindicatos por el que se compromete a abonar cierta cantidad de indemnización. El trabajador presenta solicitud ante el FOGASA, en Junio de 2012, para el reconocimiento de prestaciones derivadas de la

extinción del contrato. El Secretario General del FOGASA, el día 18-2-2013, cuando se han superado los tres meses, dicta resolución denegando la prestación motivado porque la Junta de Andalucía asume el pago total de la indemnización y que el FOGASA solo tiene responsabilidad subsidiaria frente a la responsabilidad directa del Gobierno Andaluz, mientras no se declare su insolvencia.

En primera instancia el Juzgado de los Social considera la responsabilidad del FOGASA como subsidiaria, el TSJ de Andalucía, Sala de los Social condena solidariamente a la Junta de Andalucía y al FOGASA, por aplicación de la sentencia del TS de fecha 16 de Marzo de 2015 ,por los efectos positivos del silencio administrativo, una vez transcurridos tres meses desde la fecha de la solicitud sin dictar resolución, ya que no es dable efectuar un examen sobre la legalidad intrínseca del acto presunto.

Recurrida en suplicación esta sentencia el TS se pronuncia en su sentencia en dos aspectos importantes, valor del silencio positivo y superación de límite legal de las prestaciones.

El FOGASA plantea la cuestión de la ineficacia del acto positivo del silencio cuando el resultado del mismo puede ser antijurídico, como es el caso de que el trabajador acabe obteniendo una cantidad superior.

Ante tal planteamiento el TS se remite a las sentencias de 16-3-2015,4-10-2016,la de Pleno de 20-4-2017 y posteriores sobre el alcance del silencio positivo y se remite también al ámbito de los expedientes administrativos en el sentido de que no se trata de un instituto jurídico formal sino una garantía que impide que los derechos de los particulares se vacíen de contenido cuando la Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado, y añade que atendiendo a que una vez operado el silencio administrativo positivo, una vez que ha operado el mismo no es dable efectuar un examen sobre la legalidad intrínseca de los actos presuntos contrarios al Ordenamiento Jurídico, ya que en caso de que esto ocurra debe la Administración instar los procedimientos de revisión que se establece, antes con la Ley 30/92 y actualmente con la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas donde en su artículo 24 relativo al “Silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el vencimiento del plazo máximo sin haber notificado resolución expresa, legitima al interesado para entenderla estimada por silencio administrativo, salvo las excepciones, en estos casos la

resolución expresa posterior a la producción del acto solo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo.

Aunque a continuación indica que esto no significa que como regla general puedan obtenerse prestaciones del FOGASA superiores a las legalmente previstas, porque la propia ley en su artículo 47.1 f) ha previsto que, ante tal acto presunto, la Administración puede iniciar el correspondiente procedimiento de revisión, a través de del artículo 146 de la LRJS en el que además de las medidas cautelares, como puede ser solicitar que no se abone la prestación, también puede solicitar que se declare la nulidad del referido acto presunto.

En este apartado de insolvencia empresarial equiparable al cese de actividad la doctrina del TS asentada en la sentencia TS 149/2018 de fecha 14 de Febrero de 2018 acuña la doctrina que acoge la interpretación favorable al abono de salarios de tramitación no solo por los antecedentes históricos anteriores al actual artículo 110.1.b) LRJS ,que no lo contempla, sino por la aplicación analógica de lo previsto en otros preceptos sobre opción tácita de la empresa por la readmisión(artículo 56.3 ET) y ejecución de sentencia por despido improcedente cuando no se produce la readmisión (art. 286LRJS), sin dejar de lado principios de economía procesal y tutela judicial efectiva en relación con el resarcimiento del daño en igualdad de condiciones.

Ello implica el reconocimiento de derecho del trabajador despedido de forma improcedente a percibir salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la fecha de la sentencia que declare la extinción de la relación laboral.

Le referencia al resarcimiento del daño en igualdad de condiciones abre la puerta a que los salarios de tramitación se puedan considerar con uno mas de los perjuicios de la extinción de la relación laboral por despido con independencia de la indemnización, con fundamento propio y posibilidad de reclamación con independencia de que este sujeto a la opción de readmisión o no por parte del empresario.

4º) Subrogación

Respecto de las cantidades satisfechas el FOGASA se subroga obligatoriamente en los derechos y acciones de los trabajadores frente a la empresa, conservando el carácter de créditos privilegiados que le confiere el art. 32 del ET. En la parte no satisfecha por el límite antes indicado y concurriendo con los que puedan tener los trabajadores, unos y otros se abonarán a prorrata de sus respectivos importe.

5º) Prescripción

El derecho a solicitar del FOGASA el pago de los salarios de tramitación prescribirá al año de la fecha de la sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa en que se reconozca la deuda por salarios. El plazo se interrumpirá por el ejercicio de las acciones ejecutivas o de reconocimiento del crédito en procedimiento concursal y por las demás formas legales de interrupción de la prescripción.(1)

La sentencia del TS 2321/2017 de 22 de Febrero de 2017 dictada en recurso de casación para unificación de la doctrina inadmite el recurso de casación donde se suscitaba si la acción ejercitada para reclamar al FOGASA la correspondiente prestación estaba prescrita, el trabajador había demandado a la empresa por despido nulo quedando extinguida la relación laboral por sentencia de 20 de Enero de 2010 y la empresa fue condenada a abonarle una indemnización y los salarios de tramitación. Solicitada la ejecución de la referida sentencia por decreto de 8-7-2011 se declaró la insolvencia empresarial de la empresa, dictándose diligencia de firmeza y archivo el día 3-8-21011.El día 5-9-2012,pasado un año de la firmeza, el actor solicitó al FOGASA las prestaciones que fueron denegadas por resolución de 5-7-2013 al apreciar prescripción.

Se fija el diez a quo o día inicial del cómputo del plazo de un año del art. 59 contado desde la firmeza del auto que declare la insolvencia empresarial.

(1) El dies a quo en los supuestos de responsabilidad subsidiaria del Fondo, el derecho a solicitar la prestación prescribe al año de de la fecha del acto de conciliación, sentencia, auto o resolución administrativa en que se reconozca la deuda salarial. Plazo que se puede interrumpir por las formas legales de previstas en el art. 1973 del Código Civil y por el ejercicio de las acciones ejecutivas o reconocimiento del crédito en procedimiento concursal.

6º) Procedimientos concursal

Sin perjuicio de los supuestos de responsabilidad directa en los casos legalmente establecidos, en los procedimientos concursales , el reconocimiento del derecho ala prestación exigirá que existan créditos laborales incluidos en la lista de acreedores, es requisito inexcusable que el juez de oficio o a instancia de parte cite al FOGASA para que pueda asumir sus obligaciones, se personará como responsable legal subsidiario del pago de los créditos, pudiendo instar lo que a su derecho convenga, sin perjuicio de continuar como acreedor por subrogación.

La solicitud de la concesión de prestaciones del FOGASA con fundamento en hallarse la empresa sometida a procedimiento concursal, podrá presentarse en cualquier momento de su tramitación, desde que exista resolución judicial teniendo por solicitada la declaración del estado de concurso de acreedores, o declarado el concurso aunque hubiese sido aprobado el convenio con los acreedores. El trabajador podrá solicitar el certificado de las retribuciones que deberá ser emitido por el administrador concursal nombrado por el Juez en el que se haga reconocimiento de la inclusión de los créditos pendientes de pago en el concurso. Certificación de los salarios brutos, con indicación de los pagos que y se hayan efectuado a los trabajadores. La sentencia TS de 25/01/2018 nº de recurso 2622/2016 establece como doctrina jurisprudencial de que las cuantías sobre las que operan las prestaciones de garantía de las que debe responder el FOGASA lo son en bruto y no en neto.

En este procedimiento judicial resulta que un trabajador de una empresa tras un expediente de regulación de empleo fue declarado en concurso de acreedores, la empresa no había abonado al actor la indemnización por la extinción del contrato a través del ERE ni los salarios de tramitación. Por la Administración concursal se certificó una deuda neta que fue la que utilizó el FOGASA para el cálculo de la prestación ,el trabajador tuvo que recurrir la resolución administrativa, llegando al Tribunal Supremo mediante un recurso de casación para la unificación de la doctrina interpuesto por el FOGASA que defendía que el cálculo correcto era sobre la certificación de las cantidad netas adeudadas al trabajador, el TS indica que el salario que debe percibir el trabajador como contraprestación por los servicios laborales prestados a su empleador es la totalidad de las percepciones económicas(art. 26 ET) y ello lo ha entendido la jurisprudencia como salario bruto y sobre él se determinan los conceptos retributivos o indemnizatorios que tengan como base el mismo(Sentencia del TS de 1 de Octubre de 2007 Rjud. 3794/2006): ya que lo que el art. 33 del ET pone a cargo del FOGASA son las prestaciones que sustituyen obligaciones incumplidas por un empresario insolvente en materia de salarios y de indemnizaciones por cese.

Es necesario que los créditos laborales aparezcan incluidos en la lista de acreedores o reconocidos como deudas de la masa; los trabajadores asumen la obligación de solicitar como máximo la cantidad reconocida en la lista definitiva o si hubiesen percibido una cantidad superior a la reconocida deben reembolsar al FOGASA la cantidad que

exceda. Por tanto el límite de la prestación a cargo del FOGASA se reducirá en la cantidad ya percibida por los trabajadores del empresario.

Pero que ocurre cuando estamos ante un concurso con insuficiencia de masa activa, causa originaria, y como afecta esta situación a las prestaciones que debe abonar el FOGASA, ya que se requiere por una parte que exista un título (sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa) y además que exista una causa que es la insolvencia que debe acreditar mediante el auto de declaración del concurso. En este supuesto debe aplicarse el artículo 176 bis.4 de la Ley Concursal que cuando se trata del concurso de una persona jurídica según el artículo 178.3 de la LC el órgano judicial debe acordar la cancelación de la inscripción en los registros públicos, cancelación y extinción de la personalidad jurídica sin satisfacción de los acreedores, entre ellos los trabajadores, y sin tramitación de proceso concursal, a salvo la responsabilidad del liquidador. Aquí no existe certificación del administrador concursal, ni lista provisional o definitiva como crédito concursal o contra la masa. Esto nos lleva a la situación fáctica del cese de actividad de la empresa o su desaparición, abonando el camino a la consideración de la extinción del contrato de trabajo por despido improcedente y a la imposibilidad de aplicación de la readmisión y a la generación de los salarios de tramitación.

El otro supuesto es la insuficiencia sobrevenida de la masa activa recogida en el artículo 176 de la LC que recoge esta situación como causa específica de conclusión del concurso. Pero aquí a diferencia de la insolvencia originaria, si que se ha iniciado el trámite ya que se ha declarado el concurso y se ha nombrado la administración concursal que anuncia al órgano judicial que concurren las causas para la conclusión por insuficiencia de masa activa, en ese momento la administración concursal debe proceder a pagar los créditos contra la masa conforme al orden legamente establecido hasta llegar a la liquidación de la empresa. En realidad no se deben generar salarios de tramitación ya que la extinción del contrato de trabajo lo decreta el órgano judicial, solo si previamente al concurso se ha llevado a cabo un expediente de regulación de empleo que es impugnado y el órgano conecedor de la impugnación decreta la improcedencia del despido y ante la readmisión deficiente o ineficaz se podrían generar salarios de tramitación.

Si durante la tramitación del procedimiento administrativo iniciado por el FOGASA se produce el desistimiento de la empresa de la solicitud de la declaración del estado de

concurso o recae resolución denegando la solicitud o acordando el sobreseimiento se procederá al archivo del expediente, advirtiendo a los interesados sobre su derecho a replantearlo en la forma señalada en caso de insolvencia.

En caso de concurso de acreedores de la empresa, se trata de determinar cuando nace la responsabilidad del FOGASA, si es cuando se declara el concurso o cuando se extingue la relación laboral a través de lo que suele identificarse como un ERE concursal. La sentencia del TS de la Sala de lo Social 1849/2016 de 6 de Junio de 2017 contempla el caso de un trabajador de una empresa declarada en concurso voluntario de acreedores y por auto dictado en incidente concursal declara la extinción colectiva de los contratos de trabajo de toda la plantilla, la Administración concursal expide las certificaciones correspondientes.

Mediante resolución del FOGASA reconoce al trabajador las prestaciones de garantía salarial e indemnización por extinción del contrato de trabajo.

Con la solicitud de extinción colectiva de los contratos de trabajo se solicito en base artículo 64 de la Ley Concursal y en aplicación del artículo 44.4 de la misma norma el cese de la actividad y el cierre de la empresa.

El FOGASA ante la solicitud el trabajador calcula las prestaciones aplicando el doble de salario mínimo interprofesional, demanda el trabajador una cantidad superior a la reconocida por el órgano gestor, en primera instancia el juzgado de lo social desestima la demanda y asume el criterio del FOGASA, en suplicación la STJ Sala de lo Social entiende que debe aplicarse la legislación vigente en la fecha de la declaración del concurso que es el momento en que consta su insolvencia.

El FOGASA presenta recurso de casación para la unificación de la doctrina y se postula en el sentido de que la responsabilidad legal subsidiaria no nace con la declaración del concurso sino con la extinción de la relación laboral.

Por su parte el TS alude en primer lugar a dos momentos legislativos distintitos:

a) Por una parte el Real Decreto Ley 3/2012 vigente desde el día 12 de Febrero de 2012 donde se recogía que para el cálculo no debe exceder del triple del salario mínimo interprofesional.

b) El día 15 de Julio de 2012 entra en vigor la redacción derivada del Real Decreto Ley 20/2012 que es la vigente en el momento de dictar el auto extintivo y de terminar

los contratos donde se estable que el salario diario para el cálculo no puede exceder del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

c) Por otro lado el artículo 64 de la Ley Concursal regula los principales aspectos laborales del concurso, incorpora la subrogación legal del FOGASA en los créditos salariales en pago anticipado por cuenta del empresario en el marco del artículo 33 del ET.

Para dictar la siguiente doctrina:

a) Para que entre en juego la responsabilidad del FOGASA no basta con que exista declaración del concurso, sino que debe mediar asimismo la extinción de los contratos.

b) Su obligación nace cuando se dicte auto, conforme al artículo 64 de la Ley Concursal de extinción de las relaciones laborales colectivas.

c) La fecha a efectos de aplicación de la norma es el momento de la declaración de la extinción de la relación laboral, a partir de ese momento es cuando debe responder el Fondo en la forma y con los límites establecidos en el artículo 33 ET.

d) En otros casos de declaración de la insolvencia es cuando el trabajador tiene la facultad de ejercer sus derechos frente al Fondo, ello es así porque la declaración de insolvencia se produce en el procedimiento de ejecución, según el actual artículo 276 LRJS, por tanto es la fecha de la declaración de insolvencia y no la del despido o acto extintivo de la relación de trabajo la determinante del momento del nacimiento del derecho.

e) Ahora bien, distingue entre la acción para ejercitar el derecho y otra cosa distinta es determinar si existe realmente el crédito salarial o el momento en que ha podido existir el título en que se apoya la pretensión de abono frente al Fondo.

En fin que el TS estima el recurso del FOGASA anula la sentencia del TSJ y declara la firmeza de la sentencia del juzgado de lo social.

7º) Citación como parte del FOGASA

El FOGASA tendrá la consideración de parte en la tramitación de los procedimientos judiciales y arbitrales para de esta forma asumir sus obligaciones.

Puede personarse en cualquier fase del procedimiento cuando pueda derivársele responsabilidad en el proceso, su presencia no asume una posición consorcial alguna sino solo de responsabilidad. (Art. 23.1 LRJS).

El FOGASA debe ser citado en todos los procedimientos en que se pueda derivar responsabilidad, incluso en las reclamaciones frente a empresas incursas en procedimientos concursales, declaradas insolventes o desaparecidas (art. 23.2 LRJS), y también en el propio procedimiento monitorio donde el requerimiento de pago del secretario judicial al empresario deudor ha de ser comunicado al FOGASA que podrá ejercer oposición motivada (art. 101 b) y c) LRJS).

También debe ser citado como parte en el procedimiento concursal cuando del proceso pudiera derivarse su responsabilidad para el abono de salarios o indemnizaciones de los trabajadores (artículo 184.1 LC).

La Sala de lo Social del TSJ de Cantabria de fecha 23 de Noviembre de 2016 establece que en los casos en que el FOGASA ha tenido oportunidad de asistir al proceso y no lo ha hecho, queda vinculado por las decisiones que del mismo deriven y tendrá que asumir no solo las obligaciones derivadas de la sentencia sino las derivadas del acto de conciliación a presencia judicial por establecerlo el art. 33.2 del ET

VIII) RECLAMACION DE SALARIOS DE TRAMITACION AL ESTADO

Los artículos 116 a 119 de la LRJS regulan la modalidad procesal para la reclamación al Estado de salarios de tramitación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57 del ET que prevé que cuando la sentencia que declare la improcedencia del despido(1), no cuando sean declarados nulos(2), y se dicte transcurridos mas de 90 días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda, el empresario podrá reclamar al Estado el abono de los salarios de tramitación satisfechos al trabajador correspondientes al tiempo que exceda de noventa días, también serán de cuenta del Estado las cuotas de la Seguridad Social correspondientes a dicho salarios.

Es una acción de resarcimiento de los perjuicios causados al empresario por la dilación en la tramitación del procedimiento. (3)

Ahora bien, con carácter previo a la presentación de la demanda se tiene que iniciar el procedimiento de reclamación en vía administrativa ante el órgano administrativo

competente, acompañado de la certificación judicial de la sentencia de despido y su carácter firme. (4)

Para el cómputo del plazo no se tendrán en cuenta el tiempo invertido en la subsanación de la demanda, por defectos subsanables, así como el tiempo en que permanecen suspendidos los autos cuando se solicite la suspensión por los actos de conciliación y juicio.

Por otra parte también se requiere que el empresario haya abonado la totalidad de los salarios de tramitación al trabajador para que pueda reclamar al Estado la parte que corresponda.

Sin embargo el artículo 116.1 de la LRJS permite que el proceso pueda ser iniciado subsidiariamente por el trabajador, reclamando al Estado los salarios de tramitación, cuando como consecuencia de la insolvencia provisional del empresario, éste no los hubiera abonado.

El plazo de prescripción de la acción es de un año que se computa para el empresario desde el momento en que éste sufre la disminución patrimonial, y en caso de reclamación del trabajador, desde la notificación al mismo del auto judicial que haya declarado la insolvencia del empresario.

(1) Tanto si es despido disciplinario como si es por causas objetivas, así como en los despidos colectivos cuando son declarados improcedentes.

(2) Los efectos y consecuencias de la declaración de nulidad están regulados legalmente sin limitar la responsabilidad empresarial y alcanza a todos los salarios dejados de percibir como sanción a la no readmisión (STC de 29 de Noviembre de 1989 y STS de 6 de Mayo de 1988)

(3) Se trata de un supuesto de imputación de responsabilidad a los poderes públicos con el designio de aliviar a las empresas de determinados costes derivados del mero transcurso de tiempo en la resolución de los procesos por despido (STS de 19 de Junio de 1998(RJ 1998/5471)).

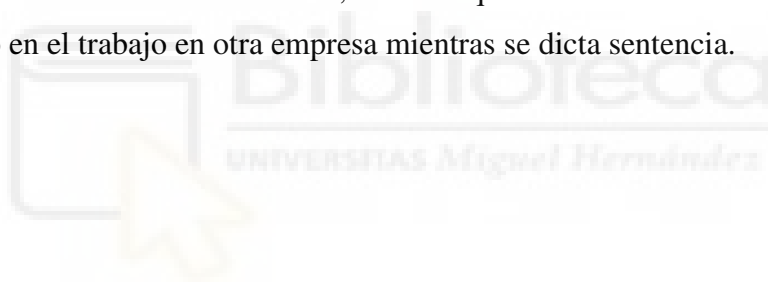
(4) La reclamación administrativa previa se solicita ante las Areas de Trabajo de las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno de la provincia donde tuvo lugar el juicio por despido, expediente que debe ser resuelto en el plazo de 30 días siguientes a la fecha de su presentación, entendiéndose desestimada por silencio administrativo si no es resuelta en dicho plazo.

IX) CONCLUSIONES

- ✚ 1ª) La reforma laboral del Real Decreto 3/2012 eliminó los salarios de tramitación para los despidos calificados como improcedentes por los tribunales cuando la empresa opta por la indemnización.
- ✚ Anteriormente con el despido declarado improcedente ,además de la indemnización, tenía derecho al pago de los salarios de tramitación, aunque no hubiese optado por la readmisión; el empresario solo quedaba exonerado del abono de los salarios si en el plazo de 48 horas, después del despido, reconocía la improcedencia del despido y ofrecía la indemnización correspondiente y para el caso de que fuera rechazado por el trabajador, consignara el importe de la indemnización en el Juzgado de lo Social.
- ✚ 2ª) Respecto del pago por el Estado de los salarios de tramitación cuando se declara la improcedencia del despido y se dicte la sentencia transcurridos mas de 90 días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda, el empresario podrá reclamar del Estado el abono de los salarios de tramitación, así como las cuotas de la Seguridad Social relativos a dichos salarios, correspondiente al tiempo que exceda de los 90 días.
- ✚ A través del Real Decreto-Ley 20/2012 de 15 de Julio de 2012, se ha aumentado de 60 a 90 días, que ante la saturación de los Juzgados de lo Social el empresario ve como una parte de los salarios de tramitación se los ahorra en caso de que optara por la readmisión.
- ✚ 3ª) A pesar de considerarse los salarios de tramitación de naturaleza indemnizatoria y como un efecto mas del perjuicio ocasionado al trabajador por el despido ,sin embargo su percibo es incompatible con el salario que pueda percibir el trabajador en otro trabajo en otra empresa o cuando perciba prestaciones por desempleo.
- ✚ 4ª) La responsabilidad económica del FOGASA se ha ajustado a la baja ya que para el cálculo de la prestación ha pasado de utilizar como base el triple del salario mínimo interprofesional al doble , y como máximo 120 días del doble de dicho salario en vez de los 150 días que había antes de la reforma.
- ✚ 5ª) Se ha reducido la indemnización en casos de despido declarado improcedente pasando, desde la reforma del Real Decreto 3/2012, de 45 días de salario por año

de servicio a 33 días de salario por año de servicio con máximo de una anualidad, de esta forma en contadas ocasiones le resulta económicamente interesante al empresario la readmisión del trabajador.

- ✚ 6ª) El despido libre solo ha desaparecido de los textos legales, ya que en la realidad diaria nos encontramos con la extinción del contrato de trabajo indemnizado económicamente, en ocasiones sin causa o causa no acreditada, que en el fondo viene a ser lo mismo. Se debería contemplar en la normativa laboral la naturaleza indemnizatoria de los salarios de tramitación y la obligación de abonarlos por la empresa en aquellos supuestos en los que el despido o la extinción del contrato sea declarado improcedente y la empresa opte por la indemnización, como un daño moral añadido a la indemnización y ocasionado al trabajador por las repercusiones en su esfera laboral, económico y familiar, en lo que no alcance la prestación de desempleo que se ha visto reducida con la reforma laboral, en lo que no alcance el Fondo de Garantía Salarial con los actuales límites, o en lo que no alcance con lo percibido por salario en el trabajo en otra empresa mientras se dicta sentencia.



ABREVIATURAS

- ✓ ET.....Estatuto de los Trabajadores
- ✓ LRJS.....Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
- ✓ SPEE.....Servicio Público de Empleo Estatal
- ✓ FOGASA.....Fondo de Garantía Salarial
- ✓ TSJ.....Tribunal Superior de Justicia
- ✓ TS.....Tribunal Supremo
- ✓ LC.....Ley Concursal
- ✓ ERE.....Expediente de Regulación de Empleo
- ✓ BOE.....Boletín Oficial del Estado
- ✓ RD.....Real Decreto



SENTENCIAS

- Página WEB del Consejo General del Poder Judicial-Jurisprudencia-Cendoj
- TSJ de Asturias de 27 de Noviembre de 2015
- TSJ de la Comunidad Valenciana de 30 de Diciembre de 2016(REc.343/2016)
- Tribunal Supremo Sala de lo Social de 29 de Marzo recurso 2682/2014
- Tribunal Supremo Sala de lo Social 734/1999 de 15 de Abril de 1999
- Tribunal Supremo Sala de lo Social de 13 de Abril de 2016 número 285/2016
- TSJ de la Sala de lo Social de Barcelona de fecha 29 de Diciembre de 2017 rec.
- Tribunal Supremo Sala de lo Social 86/2017 de 1 de Febrero de 2017
- Tribunal Supremo Sala de lo Social 338/2015 de 19 de Julio de 2016
- STJ del País Vasco de 3 de Junio de 2014
- Tribunal Supremo Sala de lo Social de fecha 7 de Julio de 2016 rec. 2536/2014
- Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo de 24 de Junio (R.217/2013),
- Tribunal Supremo Sala de lo Social de 18 de Marzo de 2015(R.C.U.D. 1521/2014).
- Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo de 28 de Enero de 2013 rec. 149/2012
- Tribunal Supremo de fecha 5 de Abril de 2017 recurso 1491/2016
- Tribunal Supremo de 4 de Junio de 2014 rec. 1395/2013
- TSJ del País Vasco de 29 de Junio de 2010(Recurso 1163/10)
- Tribunal Supremo Sala de lo Social de fecha 25 de Junio de 2013 rec. 1329/2012
- TSJ de fecha 27 de Mayo de 2015
- Tribunal Supremo Sala de lo Social, 3630/2016 de 18 de Marzo de 2018
- Tribunal Supremo Sala de lo Social nº 236/2018 de fecha 1 de Marzo de 2018
- Tribunal Supremo Sala de lo Social 149/2018 de fecha 14 de Febrero de 2018
- Tribunal Supremo Sala de lo Social 2321/2017 de 22 de Febrero de 2017
- Tribunal Supremo Sala de lo Social de 1 de Octubre de 2007 Rcu. 3794/2006
- TSJ de Cantabria de fecha 23 de Noviembre de 2016

BIBLIOGRAFIA

- MONEREO PEREZ, José Luis y OTROS. Manual de Derecho Procesal Laboral: Teoría y Práctica.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo y OTROS .Curso de Procedimiento Laboral, Editorial Tecnos, novena edición.
- ORDIZ FUERTES, María Concepción. El impacto de la reforma concursal con relación al Fondo de Garantía Salarial.
- GARCIA-PERROTE, Ignacio. Aspectos Laborales de la nueva Ley Concursal.
- SALINAS, Mariano. FOGASA cuando actúa y que cubre.
- CONSEJO GENERAL PODER JUDICIAL Página web de jurisprudencia-Cendoj
- FONDO GARANTIA SALARIAL, Solicitud de prestaciones en la página
- Web <http://empleo.gob.es/fogasa/default.htm>

