

EL REGIMEN JURIDICO DE LOS SALARIOS DE TRAMITACION EN LOS PROCESOS POR DESPIDO

S U M A R I O

I. Introducción.—II. Orígenes y evolución histórica: 1. Etapa corporativa. 2. Ley de Jurados Mixtos. 3. Decreto de 26 de octubre de 1956. Leyes de Procedimiento Laboral. 5. Los salarios de tramitación en despidos nulos.—III. Naturaleza jurídica: 1. Posturas doctrinales. 2. La sentencia constitutiva de despido. 3. La «mora accipiendi» del empleador. IV. Régimen jurídico vigente: 1. Introducción e influencias. 2. En los despidos injustificados. 3. En los despidos nulos. 4. El supuesto de recursos (art. 227 LPL).

I

INTRODUCCION

Los estudios sobre despido constituyen, probablemente, el grueso de la bibliografía laboral española. Sin embargo, el tema de los salarios de tramitación, a mitad de camino entre lo procesal y lo sustantivo, y en todo caso con notables incidencias en régimen jurídico del despido, en cuyo marco debe ser estudiado, no había tenido la atención que creemos merece.

Por eso, al escogerla como centro de nuestra consideración debemos comenzar señalando nuestra preferencia por la expresión salarios de tramitación frente a la de «indemnización complementaria» utilizada en los textos positivos, incluso en la ley de Relaciones Laborales (art. 35, dos), sin que ello quiera decir que la nuestra nos satisfaga plenamente, ni muchísimo menos, y sin perjuicio también de usarla indistintamente cuando de contrastarla con

la que podemos llamar indemnización básica o principal por despido se trate. Nuestra preferencia por la expresión salarios de tramitación, indudablemente más gráfica y expresiva, se basa, además de ser la más frecuentemente empleada en los usos forentes, en la creencia del error que supone denominar indemnización complementaria a la que no tiene, a nuestro juicio, naturaleza de indemnización ni carácter de complementariedad. Son razones suficientes, entendemos, para desecharla y quedar hecha constancia de ello desde esta nuestra primera alusión, debiendo, no obstante, estarse a las matizaciones y precisiones que a lo largo de estas páginas se harán.

La importante modificación legislativa que la LRL ha introducido en el régimen jurídico del instituto del despido ha tenido notable incidencia sobre la regulación de los salarios de tramitación, como una consecuencia obligada de la misma, y tal como siempre sucedió, hasta el punto de que cuando una modificación en aquel régimen jurídico no ha afectado a la consiguiente regulación de los salarios de tramitación ha surgido la polémica o la discusión, como aconteció, según se verá en su lugar oportuno, cuando la ley de 6 de noviembre de 1941 modificó la regulación de despidos sin alterar el artículo 52 de la LJM que trataba precisamente sobre los salarios de tramitación, incidencia que se ha visto plasmada en la sustitución de los correspondientes artículos de la ley de Procedimiento Laboral por los «acomodados» a la nueva normativa, en virtud del real decreto 1.925/76, de 16 de julio.

Unas ligeras reflexiones al hilo de esta nueva normativa pueden servirnos de introducción a la cuestión y a la vez para subrayar lo que de importante hay en este tema de los salarios de tramitación como lo prueba el hecho, ya destacado, de que toda modificación importante introducida en el régimen jurídico del despido le haya afectado de una u otra manera siguiendo al compás de aquella institución los avatares de la misma, sino también los casos, no raros ni infrecuentes, en que durante la vigencia en España de la opción entre indemnización principal o básica y readmisión, el importe de la condena por aquella indemnización complementaria ha sido superior al importe de la condena por la indemnización principal. Verdadera paradoja ésta que una indemnización llamada complementaria fuese superior a la principal. Conducía a semejante situación un error de planteamiento que, por otra parte, no casaba con las deducciones a extraer de su regulación positiva. De acuerdo con dicha regulación se denominaba indemnización complementaria, expresión introducida en nuestro Derecho positivo por el artículo 5.º del decreto de 26 de octubre de 1956, a lo que conceptualmente, por su naturaleza jurídica, no era tal, pues ningún carácter indemnizatorio tenía, ni tiene, a lo que se refería con la mentada expresión. Eliminado, pues, el erróneo carácter indemnizatorio de la, para entendernos, llamada indemnización complementaria-

ria y desaparecido este defectuoso planteamiento, nada cabe objetar a que el importe de lo debido por salarios de tramitación supere, cuando las circunstancias lo exijan, a la llamada indemnización principal, ya que aunque originadas por el mismo hecho —un despido improcedente o nulo— responden a principios y fundamentos muy distintos, siendo también diversas sus respectivas finalidades.

Sin embargo, aunque autónomas e independientes, lo cierto es que no deja de sorprender lo elevado del montante (1) a que en determinadas ocasiones puede ascender lo devengado por salarios de tramitación, en virtud de las múltiples incidencias a que un proceso, aunque dominado por los principios de rapidez y concentración como es el proceso laboral, potencialmente está sometido. Se origina esta indeterminación en la cuantía de dichos salarios especialmente a partir de la regulación que a los mismos dio el decreto de 1956 al hacer desaparecer el tope de los veinticuatro días establecido por el artículo 52 de la LJM, que, a su vez, vino a romper así la línea progresista (2) introducida en nuestro ordenamiento por el real decreto de 30 de julio de 1928. Pero no es menos cierto que ya con anterioridad, con el artículo 2.º de la ley de 10 de noviembre de 1942, se había establecido una atenuación al más frecuente de los supuestos de alargamiento de los salarios de tramitación, cual es el de los casos de recursos, al imponer al trabajador, salvo preferencia en contrario del empleador, la obligación de continuar prestando sus servicios para poder mantenerse en el percibo de su retribución. El progresismo, pues, a que se vuelve con la regulación de 1956 es sólo parcial, aunque no por ello de escasa importancia: se mantiene la cuantía indefinida, pero sólo en la instancia, y en los supuestos de recursos cuando el empresario prefiera hacer el abono de los salarios sin compensación alguna, pese a que jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal haya desvirtuado lo que en progresismo encierra todavía la norma mediante la aplicación sin distinciones de la doctrina del enriquecimiento injusto en los casos en que el trabajador se hubiera colocado nuevamente.

De una parte, pues, la persistencia de la naturaleza indemnizatoria y complementaria de los salarios de tramitación, y de otra, el mantenimiento de la

(1) Por eso no resulta extraño que se haya propugnado como una de las posibles soluciones de los salarios de tramitación la de su supresión, englobándolos en la indemnización principal. Solución apuntada por HERNAINZ MÁRQUEZ: «Notas sobre la vigencia del artículo 52 LJM», en *Revista de Derecho Privado*, febrero 1947. Ni que decir tiene que tal pretendida solución desconoce la verdadera naturaleza jurídica de la figura.

(2) RODRÍGUEZ-PIÑERO: «El régimen jurídico del despido (II); leyes de Contrato y de Jurados Mixtos», en *R. P. S.*, núm. 77, pág. 21.

indeterminación o indefinición en el tiempo de su cuantía, en clara contradicción con su pretendido carácter de complementariedad, revisten a esta institución de un algo como de dramaticidad que ni legisladores ni doctrina se han encargado de superar y señalar.

Con la nueva regulación contenida en las leyes de RL y PL, modificada por real decreto de 16 de julio de 1976, y pese al mantenimiento teórico de la expresión «indemnización complementaria», puede observarse con una indudable mayor claridad lo inadecuado de la referida expresión, ya que al hacer coincidir por vez primera en nuestra historia legislativa la normativa de la materia en los despidos injustificados y en los nulos, además de haberse dado un verdadero paso de gigante en el régimen jurídico de la figura, se ha conformado dicha ordenación positiva a la verdadera naturaleza del instituto permitiendo así vislumbrar con nitidez la esencia del mismo.

Estimábamos, en consecuencia, que la institución bien merecía un cierto análisis sistemático compensando así las tangenciales referencias con que suele tratarse en los manuales y monografías sobre el despido.

Una última matización es todavía necesaria. Se trata aquí solamente del estudio de los salarios de tramitación en procesos por los despidos denominados disciplinarios, lo que supone, por definición, que queden fuera o al margen de nuestro estudio otros tipos de salarios de tramitación que, aunque acordados por resolución judicial, o bien se refieren a procedimientos extrajudiciales o bien se derivan de procesos, pero no por despidos, sino por sanciones distintas de la de despido (3), o por despidos no disciplinarios.

Tras esta introducción (I) a modo de justificación y de puesta en contacto con el tema, siguen el estudio de la norma que introdujo en nuestro Derecho positivo los salarios de tramitación y el análisis de su evolución histórica hasta la LRL, última etapa, por ahora, con la posterior modificación de la LPL, de la «anomalía de nuestra historia legislativa» (3 bis) por lo que al régimen jurídico del despido se refiere, así como unas referencias al Derecho germano e italiano, cuya influencia creemos poder haber detectado en la primera y en la última regulación, respectivamente, evolución histórica que, «aparte de facilitar un mejor conocimiento de la situación positiva vigente» (4), servirá

(3) A una modalidad de los que pudiéramos llamar salarios de tramitación por procedimientos extrajudiciales hace, por ejemplo, referencia el artículo 114,b, de la LPL.

(3 bis). ALONSO OLEA: *Derecho del trabajo*, Madrid, 1973, pág. 486.

(4) RODRÍGUEZ-PIÑERO: «El régimen jurídico del despido y el real decreto de 22 de julio de 1928», en *R. P. S.*, núm. 74, pág. 77. La fecha de este real decreto es la de 30 de julio y no la de 22, como el propio autor rectifica en la segunda parte del trabajo publicado en el número 77 de la *R. P. S.*

para poner de manifiesto las lagunas que la actual regulación contiene por no haber aprendido las enseñanzas de la historia (II), para continuar con la exposición de la tesis que creemos más correcta acerca de la naturaleza jurídica de la institución, punto éste, sin duda, el más polémico y nervio de nuestro estudio (III); concluyendo con el análisis de sus características en la regulación vigente (IV).

II

ORIGENES Y EVOLUCION HISTORICA

1. *Etapas corporativa*

El establecimiento en nuestro Derecho positivo del trabajo de un derecho del trabajador a percibir los salarios que hubiese devengado mientras dure su situación de despido, en los supuestos de despidos injustos, se produce en las postrimerías del primer tercio de este siglo, cuando ya la propia elaboración del Derecho del trabajo había alcanzado una cierta madurez.

El punto de partida de esta institución, que sufrirá una azarosa evolución a lo largo de diferentes etapas de nuestra historia legislativa, hay que colocarlo en la modificación sufrida en el real decreto-ley de organización corporativa nacional de 26 de noviembre de 1926 por el real decreto de 30 de julio de 1928, que dio nueva redacción al artículo 17 del citado decreto-ley. Y no sólo se introduce entonces lo que hoy llamamos salarios de tramitación, sino incluso la denominada indemnización básica o principal por despido, pues es lo cierto que aunque con antecedentes remotos en nuestro Derecho histórico que pueden retrotraerse hasta el Fuero Viejo de Castilla o incluso hasta los Fueros de Soria (1135) o de Cuenca (1190), en los que se habla de lo que hoy llamamos despido e indemnizaciones (5) e incluso teniendo en cuenta la generalización que para todo el Derecho histórico hace en esta materia Bayón Chacón (6) al escribir que con base en el Fuero Real, en los casos de despido injusto la sanción del patrono equivalía al pago total del salario por el plazo concertado, o el de un año entero, o en épocas más recientes las disposiciones notoriamente insuficientes contenidas en los artículos 1.584 (sobre despido de criados domésticos) y 1.586 (sobre idéntica materia de criados de

(5) NÚÑEZ SAMPER: «Evolución del despido en España», en *Estudios García Oviedo*, II, Sevilla, 1954, pág. 287.

(6) BAYÓN CHACÓN: *La autonomía de la voluntad en el Derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 1955, pág. 229.

labranza, menestrales, artesanos y demás asalariados contratados por cierto tiempo para cierta obra) del Código civil y en los artículos 299 y siguientes del Código de comercio, especialmente el 299 y el 302, al establecer el derecho del factor o mancebo al sueldo de una mesada cuando, no teniendo el empeño tiempo señalado, se dé por fenecido con preaviso de un mes; lo cierto, digo, es que esa fecha marca la implantación, con verdadero carácter técnico jurídico e informada por principios diferentes a los del Derecho civil, del concepto de indemnización por despido en el Derecho del trabajo español. En efecto, hay un texto extraordinariamente revelador de Alarcón Horcas, el comentarista del Código de trabajo de 1926, que pone muy de manifiesto cuanto decimos y es expresión del pensar de la doctrina de la época al respecto. Se pregunta Alarcón qué puede pedir el trabajador injustamente despedido, y escribe (7): «Puede pedir el cumplimiento de lo pactado o la indemnización de los perjuicios que se le hubieran causado, en la cuantía que señalen los tribunales según las pruebas aportadas, con arreglo a las normas del Derecho civil, teniendo en cuenta que el mero incumplimiento de un contrato de trabajo no es por sí solo motivo de indemnización, pues para que ésta se otorgue ha de probarse que se originaron perjuicios concretos, en determinada cuantía, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.124 del Código civil, bien entendido que la acción de cumplimiento del contrato es incompatible con la de su resolución con indemnización de perjuicios, según constante y uniforme jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 28-8-1899 y 8-4-1903). No puede, *a priori*, tener derecho a reclamar la integridad de sueldos o jornales que hubiera podido percibir de haberse cumplido el contrato hasta su término normal, porque al recobrar el obrero su libertad de acción puede entrar al servicio de otra persona, no siendo lícito percibir lo no debido, o sea, el precio de lo que no se ha trabajado.»

La capital importancia, pues, del citado real decreto de 30 de julio de 1928 es patente. Hasta el extremo de que puede decirse, sin énfasis, que con él se marca una línea divisoria en la evolución de nuestro Derecho del trabajo: antes y después de 1928 y especialmente por lo que al régimen jurídico del despido hace. La trascendencia de tal real decreto fue ya captada por los propios contemporáneos. Y así Gallart Folch (8) señala que «la evolución

(7) ALARCÓN Y HORCAS: *Código de trabajo*, Reus, Madrid, 1927, pág. 249.

(8) GALLART FOLCH: *Derecho español del trabajo*, Labor, S. A., Barcelona, 1936, págs. 78 y sigs. Véase también NÚÑEZ SAMPER, *ob. cit.*, pág. 287.

Por su parte, AGUINAGA TELLERÍA en su *Derecho del trabajo*, Madrid, 1952, página 480, indica que «hasta incluso la palabra despido se introduce por primera vez en este real decreto de 1928, hablándose con anterioridad de terminación, rescisión, resolución», lo que sí puede ser cierto referido a la disciplina de Derecho del tra-

jurídica española en torno al problema del despido en el contrato de trabajo podemos decir que comienza en 22 de julio de 1928, fecha de un real decreto dando una nueva redacción al artículo 17 del primitivo decreto-ley de organización Corporativa nacional, redacción en virtud de la cual se concedía a los Comités paritarios jurisdicción en litigios sobre despidos de obreros». Y más adelante: «En el aspecto sustantivo, la nueva redacción de la ley corporativa no constituía ninguna modificación del régimen anterior, pero la publicación de este decreto tuvo la virtualidad de poner de actualidad el problema... que encontró un planteamiento de una complejidad y de una trascendencia hasta entonces desconocida en el Derecho español.»

Es de señalar, por lo que a nuestro tema interesa, que la novedad del real decreto de 1928 no es sólo la destacada por Gallart, sino también, amén de otras, el establecimiento, por vez primera en la historia del Derecho español del trabajo, de una regulación de los salarios de tramitación, novedad ésta que no menciona Gallart y que si ciertamente pasó desapercibida fue probablemente por el desconocimiento cabal de la esencia de la figura que se implantaba. Y si hemos traído a colación esta cita de la obra de dicho autor es porque efectivamente pensamos que es cierta la virtualidad del decreto citado en cuanto al tratamiento del tema del despido se refiere, y por ser ése marco idóneo donde la figura de los salarios de tramitación debe insertarse para un análisis correcto de la misma.

El artículo 17,6, modificado del real decreto-ley de 1926, en lo que aquí interesa, disponía: «En ambos casos (es decir, ora hubiese readmisión ora no la hubiese porque el obrero estuviese nuevamente colocado) el patrono queda obligado a satisfacer al obrero el importe íntegro de los jornales correspondientes a los días que hubieran mediado entre el despido y la readmisión o, en su caso, entre el despido y el día en que el obrero se hubiera colocado nuevamente.»

Una novedad de esta naturaleza es claro que debió estar influida por innovaciones similares en el Derecho comparado, desechándose la idea de que surgiera como por generación espontánea en Derecho español. En efecto, el profesor Rodríguez-Piñero (9) ha puesto de manifiesto la notable influencia directa del sistema alemán en las modificaciones introducidas en nuestro ordenamiento por el real decreto de 30 de julio de 1928 y fundamentalmente de la orientación prevista en la BRG (ley de Consejos de Empresa) de 4 de

bajo no lo es referido al total ordenamiento jurídico español, pues, como hemos comprobado, ya en los Códigos civil y de comercio se utilizaron esas expresiones en los artículos citados en el texto.

(9) Al estudiar la evolución del régimen jurídico del despido en España en los trabajos ya citados publicados en los números 74 y 77 de la R. P. S.

febrero de 1920. El párrafo 88 de la citada *Betriebsrätegesetz* disponía: «En caso de readmisión, y si ha habido un intervalo entre el despido y la vuelta al trabajo, el empleador estará obligado a pagar al despedido su salario o sueldo durante dicho intervalo. El artículo 615, párrafo 2.º, del Código civil se aplica por analogía (dicho párrafo 2.º del art. 615 del BGB hace referencia a lo que el trabajador dejase de adquirir por malevolencia). El empleador puede tener en cuenta las cantidades legalmente abonadas al trabajador en dicho intervalo por las cajas de paro o las de socorro de los pobres y debe reintegrar el importe a estas instituciones.» Y para el supuesto de que el trabajador hubiere encontrado empleo en ese intervalo y rechazase el contrato con su antiguo empleador, el salario o sueldo sólo le será debido durante el período transcurrido entre el despido y el día de la sentencia, disponía el párrafo 89 (10). La inspiración, pues, en el sistema alemán es, como puede observarse patente.

Hay que destacar en esta nuestra primera disposición reguladora de los salarios de tramitación que en ella no aparece, o se desconoce, la expresión indemnización complementaria, ni la de «sustanciación de la reclamación» que encontraremos en la LJM o la de «sustanciación del procedimiento» empleada por el decreto de 1956, pudiendo considerarse esto el primer gran acierto, además de contenerse en la misma, con notable economía de lenguaje, las líneas maestras de la regulación de esta figura a lo largo de su devenir evolutivo.

Prescindiendo del hecho ya histórico de la ilegalidad de la modificación llevada a cabo en decreto-ley por medio de Decreto, asunto éste que volverá a repetirse en nuestra regulación positiva sobre despidos, cabe señalar las siguientes características en la primera regulación de los salarios de tramitación: 1.º La procedencia de su abono al trabajador por el empresario en todos los supuestos de despidos injustificados, únicos entonces existentes, además de los justificados, claro es, por desconocerse los nulos. Pero, y esto es algo que conviene destacar, sólo en los despidos injustificados antes del término del contrato, ya que, y hasta la II República, puede afirmarse que por lo que se refiere a los de duración indefinida, aunque eran escasos contratos de este tipo, existía completa libertad de despido sin necesidad de causa y sin indemnización alguna, excepto el plazo de preaviso, siendo igualmente destacable que la inserción de la figura en el marco de contratos de duración determinada no planteara los problemas que posteriormente suscitaría. 2.º Proce-

(10) Consideraciones sobre esta ley, así como sobre las francesas de 1890 y 1928 que quizá también influyeron, en JEAN VICENT: *La dissolution du contrat de travail*, París, 1935, págs. 353 y sigs. y 619 y sigs., de cuyo apéndice legislativo hemos hecho la versión de los párrafos 88 y 89 de la BRG de 3 de febrero de 1920.

dencia igualmente de su abono fuese cual fuese la situación, de las tres previstas, en la que el trabajador podía encontrarse: que el patrono lo readmitiese, que el patrono no lo readmitiese por estar ya el obrero colocado y que el patrono no quisiera readmitirlo pese a no encontrarse el obrero todavía nuevamente colocado. 3.º Fijación singularmente correcta del *dies a quo* para el cómputo inicial del importe a satisfacer en concepto de tales salarios: el día del despido. 4.º Igualmente, atinada fijación del *dies ad quem*, variable y adaptada a cada una de las tres anteriores situaciones que podían presentarse: hasta el día de la readmisión, o hasta el día en que el obrero se hubiera colocado nuevamente, o, finalmente, hasta las cuarenta y ocho horas siguientes al de la firmeza del fallo del comité, en el tercer supuesto.

Ante las características que ofrece la regulación corporativa de los salarios de tramitación, cabe hacer las siguientes consideraciones. En primer lugar, y en contraste con alguna regulación posterior, su temporalidad ilimitada y, por tanto, la tasación de su cuantía, pues se ignora cuándo llegaría el *dies ad quem*, en el tercer supuesto, al haber un recurso ante el Consejo de la Corporación respectiva contra los fallos de los comités, solución, por cierto, esta de la ilimitación o no tasación muy acorde con la naturaleza jurídica de la figura (10 bis). En segundo lugar, es de resaltar el dato de llevar hasta las cuarenta y ocho horas siguientes a la firmeza del fallo el término final de la posible mora del patrono, que vuelve a estar conforme con la naturaleza de la institución cuando el sistema no acepta la readmisión forzosa, al igual que lo está el deber de iniciar dicho pago desde el día mismo del despido. En tercer lugar, es también encomiable lo que antes decíamos de economía lingüística y legislativa, pues de la redacción del artículo 17, 6.º, se desprende la superfluidad parcial del actual artículo 227 de la LPL, al encontrarse el supuesto en este precepto contemplado, con economía de medios, subsumido en dicho artículo 17, 6.º, en su primera vertiente de hasta la firmeza del fallo del Comité, lo que obviamente implica el caso de recursos, pero no así incluida, siendo ello de discutible censura, habida cuenta de la mora del patrono de que partimos, la posibilidad de que éste use de los servicios del trabajador durante la tramitación del recurso.

A destacar también la notable precisión, ignorada en regulaciones posteriores, que supone la mención expresa de que los salarios de tramitación no pro-

(10 bis) No debe estimarse como límite el de los jornales de veintidós días que estableció la orden de 25-11-30, claramente ilegal, «que es el tiempo —decía— que puede invertirse en tramitar la reclamación», lo que evidentemente no era exacto, ya que el artículo 74 del real decreto-ley de 8-3-29 daba un plazo de diez días para los recursos contra las resoluciones de los Comités Paritarios ante el Consejo de la Corporación, quien debía resolver en el plazo máximo de un mes.

ceden cuando el obrero hubiera encontrado nueva colocación, lo que ciertamente no desvirtúa el principio informador de la mora del patrono, que debe presidir una correcta regulación de la figura, pues denominador común de aquella mora es la posibilidad de descuento de lo obtenido por el trabajador durante dicha situación, lo que vimos autorizaban los parágrafos 88 y 89 de la BRG, de 4 de febrero de 1920, así como las leyes españolas de Contrato de Trabajo de 1931, en su artículo 38, y la de 26 de enero de 1944, en el 47,3.

Una quinta consideración es preciso señalar. Nos referimos a la concepción de este débito como auténtico debito salarial que alienta la regulación que comentamos frente a la idea de su consideración como indemnización complementaria con que ha venido concibiéndose desde la reforma del Decreto de 1956 y que ha dado lugar a la desnaturalización de la figura y al desconcierto doctrinal que en torno a ella se observa por doquier. Pues ya en esta primera regulación se desconoce su pretendido carácter de indemnización estableciéndose una auténtica indemnización de perjuicios entre quince días y tres meses de jornal —¿para qué, por tanto, otra?—, y se ignora y rechaza su carácter complementario al ser obvio que en muchas ocasiones lo debido por salarios de tramitación superó a lo fijado por indemnización de perjuicios. Es con posterioridad, primero con la LJM al tasarla en su cuantía y después con la modificación de 1956 al atribuirle un falso carácter de indemnización accesorio, cuando se produce la auténtica desvirtuación de la figura con desconocimiento de su verdadera naturaleza salarial. Sólo con la aparición en nuestra historia legislativa de los despidos nulos se volverá a su primitiva y verdadera esencia. Pero para ello serán precisos todavía avatares de confusión y oscuridad de planteamientos.

Finalmente, un rasgo ideal, latente en esta regulación, merece ser recogido por cuanto contiene de anticipación de futuro: la simplicidad y sencillez en el tratamiento de la figura. Y ello en una doble dirección. Por un lado, la sencillez y claridad de la regulación corporativa de los salarios de tramitación, sin indeterminaciones, lagunas ni vaguedades, facilitó extraordinariamente su aplicación en claro contraste con planteamientos posteriores que dificultaron una interpretación de algo que siempre debió estar muy claro, obligando a una labor jurisprudencial de sistematización y relleno de lagunas y aclaración de conceptos no siempre conformes con la naturaleza del instituto. De otro lado, la regulación contenía implícita una indudable tendencia a la unidad en el tratamiento de las consecuencias derivadas de los despidos injustos y los despidos nulos tan pronto como se aceptara la solución de la readmisión forzosa sin sustitución por la indemnización de perjuicios, cual ha sucedido en la última normativa española sobre la materia contenida en la ley de Relaciones Laborales.

2. *Ley de Jurados Mixtos*

La etapa siguiente en la evolución del régimen jurídico de la figura que estudiamos, y la de más larga duración hasta ahora, la señala la regulación contenida en la ley de Jurados Mixtos, de 27 de noviembre de 1931. El artículo 52 de esta ley, famoso y polémico artículo, contenía una desigual regulación acerca de los salarios de tramitación que ha estado vigente hasta la entrada en vigor del decreto de 1956. Disponía dicho artículo en lo que aquí interesa: «En ambos casos (es decir, cualquiera que fuese la opción en los despidos injustificados, entre indemnización o readmisión), y a no ser que el obrero estuviese nuevamente colocado, habrá de abonarle —el patrono— los jornales correspondientes a los días que median entre el despido y la fecha en que, dentro de los plazos normales que se señalan en esta ley, debe estar sustanciada la reclamación, sin que en ningún caso puedan exceder de veinticuatro.»

Las escasas alusiones doctrinales que hemos encontrado sobre la regulación de los salarios de tramitación en la época republicana se han encargado de poner de manifiesto el carácter menos progresista y correcto que la regulación de la figura presenta en esta época con relación a la anterior (11).

El tope máximo de su cuantía, la limitación a veinticuatro de los jornales a pagar, es, sin duda, el defecto máximo que tal regulación ofrecía, consecuencia obligada del desconocimiento de su verdadera naturaleza jurídica. Porque cuando se parte, como nosotros partimos, de la idea clave de que los salarios de tramitación constituyen pura y simplemente un débito salarial, consecuencia de la puesta en mora del empresario que injustamente despidió y derivada de los efectos retroactivos de la sentencia constitutiva extintiva de despido, ninguna relación guarda la cuantía de los salarios de tramitación con la duración del procedimiento y muchísimo menos, correctamente, se le puede poner un tope a dicha cuantía. Obtenida una sentencia favorable, los salarios de tramitación deben durar tanto como, desde el momento del despido, dure la situación de despido, se alargue cuanto se alargue el proceso, como figuras independientes entre sí que son, y con la única salvedad, por otra parte acorde con los principios de la mora laboral, como ya hemos dicho (art. 47, LCT), de que durante dicho período o situación el trabajador se coloque nuevamente, pues el supuesto contemplado en el artículo 227 LPL no es, en definitiva, sino una concesión del ordenamiento jurídico y sobre el que habrá que hacer las oportunas precisiones en su lugar adecuado. En resumen, por tanto, es preciso in-

(11) RODRÍGUEZ-PIÑERO, *ob. cit.*, en nota 2.

sistir en la idea, que juzgamos importante, de que la cuantía de los salarios de tramitación no debe ir ligada a la duración del procedimiento, sino a la situación de despido, que obviamente puede ser más o menos larga que aquélla. De ahí que consideráramos un acierto la no aparición de la expresión «sustanciación de la reclamación» en la regulación corporativa y un error, y un vicio, su aparición y mantenimiento, al igual que la de «indemnización complementaria» en las versiones posteriores, incluso en la LRL, donde si ha desaparecido aquélla se conserva ésta, pese a la excelente redacción del artículo 35, 1, de dicha ley.

Tras esta característica inicial, derivada del defectuoso planteamiento de que se partía, la legislación republicana ofrecía las siguientes particularidades: 1.º Como en la época corporativa, los salarios de tramitación procedían, cualquiera que fuese la opción del empresario, ora indemnización, ora readmisión, en todos los despidos injustificados, independientemente de la duración de los contratos, pues ahora «el tratamiento del despido injustificado se aplica a todo despido, y no sólo al sin justa causa en la relación de trabajo de duración determinada» (11 bis). La condena a salarios de tramitación iba, pues, acertadamente implícita en la calificación del despido como injusto, con independencia de la decisión optativa que posteriormente tomase el empresario, y continúa desconociéndose la existencia de despidos nulos, derivación lógica de un sistema que ignoraba los requisitos formales para proceder a despedir. 2.º La acertada excepción a la norma general de procedencia de los salarios de tramitación cuando el obrero estuviese nuevamente colocado, por supuesto, antes de los veinticuatro días del despido, lo que en consecuencia suponía, cuando así sucediese, un acortamiento en la duración de los mismos y la fijación de un singular *dies ad quem*. 3.º Se tomaba como acertado *dies a quo* para su cómputo el de la fecha del despido y como *dies ad quem* tres fechas variables y una fija. Las variables eran: o la de la readmisión o indemnización, o la de la nueva colocación del obrero, o la terminación del procedimiento; la fija, y extrema, la de los veinticuatro días siguientes al del despido, debiéndose entender, creemos, hábiles.

A la luz de este régimen jurídico entendemos posibles las siguientes apreciaciones. Así, en primer lugar, y sobre todo, su cuantía tasada en veinticuatro jornales como máximo, sucediese lo que sucediese, y especialmente que el procedimiento durase más de veinticuatro días desde el del despido, como era lo normal, y no digamos en caso de recurso ante el Ministerio de Trabajo. Sin embargo, preciso es hacer constar, con los paliativos que se dirán, la excepción que a esta cuantía tasada supuso el decreto de 23 de agosto de 1932.

(11 bis) RODRÍGUEZ-PIÑERO, *ob. cit.*, en nota 2, pág. 21.

Este decreto implantó la readmisión forzosa en los despidos injustificados habidos en empresas de servicios públicos, banca y actividades en que se exigiese la incoación de expediente para el cese, en cuyo supuesto la empresa debía abonar los salarios correspondientes entre la separación injusta y la readmisión, sin el indicado tope y con la desaparición de la opción a favor del empresario. Pero ya señaló Gallart Folch (12) que «el criterio de dicho decreto no prevaleció, pues por orden de marzo de 1934 se excluyó de ese régimen al personal de recaudadores de tributos y por decreto de 20 de diciembre de 1934 y orden de 12 de enero de 1935 fue restablecido el derecho de opción de los patronos de aquellas categorías, siempre y cuando se siga el expediente previo a la resolución del cese y que en la fijación de la indemnización por despido se tengan en cuenta los derechos adquiridos por el trabajador por su permanencia en la empresa». No obstante, debe tenerse en cuenta, pese a la escasa incidencia de esta norma por la proximidad de la guerra civil, que estas últimas disposiciones fueron expresamente derogadas por el decreto de 15 de junio de 1936, que restableció en todo su vigor el de 23 de agosto de 1932.

En segundo lugar, cabe también destacar la mención expresa, que también aparecía en la regulación corporativa y que será la última vez que aparezca en un texto positivo, obligándose así a la jurisprudencia a llenar en lo sucesivo esta laguna de que los salarios de tramitación no proceden cuando el obrero estuviese ya colocado. Y como ya entonces dijimos, esta posibilidad de descuento de lo obtenido en otros empleos está conforme con los principios inspiradores de la mora laboral que tienden a evitar una duplicidad en la percepción de retribuciones. Ya para la doctrina de la época (13), «si el obrero se hubiese colocado algunos días después del despido y antes de la readmisión habrá sólo lugar al abono de los días que hubiera estado sin trabajar, y en todo caso a la diferencia entre el jornal obtenido en la antigua y la nueva colocación, si aquél fuese inferior a éste». La misma tesis era ratificada por las resoluciones del Ministerio de Trabajo que resolvían en aquella época los recursos contra las sentencias de los jurados mixtos. Así, en la de 8 de noviembre de 1932 se decía: «Los pronunciamientos en los cuales se sancionan despidos injustos han de subordinarse, como reparadores que son de un perjuicio, a la extensión de éste, y, por tanto, hallándose el actor colocado, sólo procede condenar al demandado al pago de jornales comprendidos entre la fecha del despido y la nueva colocación del despedido.» En el mismo

(12) *Ob. cit.*, pág. 86.

(13) HINOJOSA FERRER: *El enjuiciamiento en el Derecho del trabajo*, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933, pág. 192.

sentido, las resoluciones de 16 de mayo de 1933, 24 de julio de 1933, etc. Aclarándose, además, que el carácter eventual de una ocupación nueva del trabajador no permite reparar el daño que produce el despido y, por consiguiente, no cabe eximir al patrono del pago de una indemnización (resolución de 10 de marzo de 1933) (14). Independientemente de su fundamento, y siendo el nuestro distinto al sustentado ahora por las resoluciones del ministerio de Trabajo y después por la jurisprudencia de los Tribunales Supremo y Central de Trabajo, puede afirmarse que esta idea rigió desde antiguo, desde su misma implantación. Y, además, la única constante mantenida a lo largo de su evolución ha sido también el punto más correctamente interpretado, pues aunque defectuoso en su planteamiento, y por distinto camino, también nosotros llegamos a esa conclusión.

Un punto incidental, y sobre el que volverá a aludir la Jurisprudencia posterior, es el tocado en la STS de 22 de septiembre de 1941, sosteniendo que los salarios que debe percibir el trabajador durante la sustanciación son todos los emolumentos que perciba por su trabajo, «aunque no tengan el propio concepto de jornal, pues se advierte bien el propósito del legislador de que mientras esa sustanciación dure no sufra perjuicio el despido, que de ser repuesto habría de serlo con todos sus ingresos».

Una tercera consideración hay que hacer a la regulación de la LJM, implícita en la tasación de la cuantía a abonar por salarios de tramitación. Nos referimos al silencio guardado en el tema de los supuestos de recursos, pues de poco valdría decir que se tiene derecho al abono de los jornales correspondientes a los días que medien entre el despido y la readmisión, que no se dice ciertamente de forma expresa, si a renglón seguido se establece el límite máximo, nada dispendioso, de veinticuatro días, plazo en el que obviamente no había tiempo de que estuviera sustanciada la reclamación, y no digamos en supuestos de recursos. El tema, pues, del abono de salarios de tramitación en los supuestos de que el fallo fuera recurrido, fue totalmente ignorado por los legisladores de la II República. Sólo a finales de 1942, en virtud del artículo 2.º de la ley de 10 de noviembre, se dispondrá que «cuando la sentencia dictada por el magistrado fuera favorable al trabajador y el empresario interpusiera alguno de los recursos autorizados por la ley, éste vendrá obligado, mientras dure la tramitación del recurso, a satisfacer al recurrido la misma retribución que viniese percibiendo con anterioridad al hecho del despido», llenando así una de las más claras lagunas que había padecido la legislación de los Jurados mixtos y reduciéndose, a partir de dicha ley, a la ins-

(14) Todas ellas en RIAZA BALLESTEROS: *Criterios típicos de la jurisprudencia laboral*, Madrid, 1955, pág. 160.

tancia el tope de los veinticuatro días. Como este artículo pasó luego a las sucesivas leyes de Procedimiento Laboral y continúa en vigor, al analizar el actual régimen jurídico será comentado.

El régimen jurídico contenido en el artículo 52 LJM estuvo vigente hasta la entrada en vigor del establecido en el decreto de 26 de octubre de 1956, pues ni las leyes de 6 de noviembre de 1941, que modificaron diversos aspectos del ordenamiento de despido, ni la ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944 derogaron expresamente dicho artículo, por lo que debió entenderse como vigente y aplicable. Sin embargo, dos veces autorizadas se manifestaron en contra de dicha vigencia. De un lado, Benítez de Lugo lo estimaba derogado tácitamente por la LCT, que «aborda, dice, toda la cuestión referente a los despidos», por lo que «cuando el legislador no ha recogido este aspecto de la cuestión hay que suponerlo tácitamente derogado y estimar que dentro del precepto del artículo 81 cabe que el magistrado de Trabajo, al fijar la indemnización, tenga en cuenta esos días transcurridos entre el despido y la fecha de la resolución judicial, a los efectos de su reconocimiento a favor del trabajador, los cuales unidos a la indemnización que por dicha Magistratura se fije, formarán la suma indemnizable total a que el trabajador tiene derecho» (15). De otro, Hernainz Márquez impugnó decididamente su vigencia. He aquí la síntesis de sus argumentos (16): hasta la ley de 6 de noviembre de 1941 existe indudable certeza de su derogación, pues además de suprimirse por el decreto de 13 de mayo de 1938 los Jurados mixtos y Tribunales Industriales, se establece procesalmente que «el conocimiento de los asuntos que se atribuyan a las Magistraturas de Trabajo se ajustará a las normas procesales señaladas en el actual Código de trabajo, cuando el Tribunal Industrial funciona sin Jurado» (art. 2.º del decreto de 13 de mayo de 1938); en definitiva: «institucional, funcional y procesalmente habían sido liquidados los Jurados mixtos». A partir de la ley de 6 de noviembre de 1941, que modificó los artículos 51 y 53 sin mencionar para nada el artículo 52 de la LJM, sostiene que lo que se hizo fue dar nuevo vigor a dichos artículos, pero manteniendo derogados los restantes. Con posterioridad a la ley de 26 de enero de 1944: en la cláusula derogatoria de esa ley se hace desaparecer la fuerza de obligar a la ley de 21 de noviembre de 1931 «y cuantas disposiciones se opongan a lo preceptuado en este decreto».

En definitiva, pensamos nosotros, el artículo 52 LJM nunca fue derogado de forma expresa, ni creemos que tampoco tácitamente. Este fue también el pensar de la jurisprudencia manifestado en multitud de sentencias: STS de

(15) *Extinción del contrato de trabajo*, Reus, Madrid, 1945, pág. 229.

(16) *Notas...*, cit.

13 de junio de 1941 (Ar. 783), de 29 de septiembre de 1941 (Ar. 1.008), de 15 de noviembre de 1946 (Ar. 1.239), de 29 de marzo de 1948 (Ar. 592); contundentemente en la de 6 de octubre de 1939 (Ar. 320), entre otras muchas. E incluso cuando más recientemente ha tenido que ocuparse del tema ha mantenido idéntica postura que en el pasado. Así, la STS de 31 de marzo de 1965 (Ar. 1.725), hasta cuya fecha llegó un recurso por diversos avatares, mantiene en su considerando 6.º: «que en el motivo 4.º se alega infracción del párrafo 3.º del artículo 81 LCT, del 52 LJM y del artículo 2.º de la ley de 10 de noviembre de 1942, sustentándose la tesis de que el actor sólo tiene derecho a percibir una indemnización equivalente a veinticuatro días de su jornal, a tenor del art. 52 LJM, que era la vigente en el momento de su despido, en concepto de devengos de tramitación del proceso, porque si bien este régimen fue modificado por el decreto de 26 de octubre de 1956 y por los textos procesales de 4 de julio de 1958 y 17 de enero de 1963, en los que se amplía esta indemnización complementaria a todos los salarios que hubiere dejado de percibir el obrero injustamente despedido durante la total sustanciación del procedimiento, no es menos cierto que el artículo 3.º del Código civil ordena con carácter general que las leyes no tendrán carácter retroactivo si no dispusieran lo contrario, lo que no previene ninguna de estas tres últimas normativas, por lo que son inaplicables al caso debatido, que debe regirse por la ley de 27 de noviembre de 1931, doctrina que comparte esta Sala».

3. *Decreto de 26 de octubre de 1956*

Este decreto, al establecer un régimen bastante diferente tanto al de la época corporativa como al de la LJM, al que tácitamente vino a derogar, recogió todos los defectos y ninguna de las virtudes, o si acaso alguna, de aquellos regímenes que le precedieron. Por sus lagunas, por sus vaguedades e inconcreciones y por su defectuoso planteamiento, es, sin duda, el menos correcto de cuantos regímenes han informado esta materia. Felizmente su duración fue escasa, aunque, parvo consuelo, el régimen que le siguió, de más larga vigencia, no puede ufanarse de perfección.

Disponía el artículo 5.º, 3, c), de dicho decreto: «En todos los casos en que se declare el despido improcedente concederá (el magistrado) al trabajador una indemnización complementaria equivalente al importe de los jornales que hubiese devengado durante la sustanciación del procedimiento.»

Nuevamente, y es la primera nota a destacar, vuelve a aparecer en el régimen jurídico del despido la ilegalidad de una modificación de normas con rango de ley por otra de inferior jerarquía cual es un decreto. En efecto, y

como ya ha sido puesto de manifiesto (17), el despido estaba regulado, en la época que comentamos, por normas con rango de ley, cual era fundamentalmente la LCT, y sobre la regulación contenida en esta ley es sobre la que incidieron las modificaciones que el decreto de 1956 introdujo. Pero es que además, y ciñéndonos al tema objeto de nuestro estudio, el régimen jurídico de los salarios de tramitación, como ha quedado dicho, también estaba regulado por otra norma con rango de ley, cual era el artículo 52 de la LJM, que nunca antes había sido derogado expresamente y que lo es ahora tácitamente al introducir profundas alteraciones en la regulación de nuestra figura mediante el decreto de 1956 que contravenía así doblemente lo dispuesto en el artículo 5.º del Código civil.

De otro lado, las líneas maestras contenidas en esta regulación pueden sintetizarse: 1.º Siguiendo la orientación ya tradicional, se establece la condena a salarios de tramitación en todos los casos de despidos injustificados, ahora llamados improcedentes, con improcedencia terminológica que subsistirá hasta nuestros días. Y también, como en regulaciones anteriores, dicha condena iba implícita en la propia calificación de la improcedencia del despido, fuese cual fuese el sentido de la opción (entre readmisión o indemnización) y correspondiera a quien correspondiera el ejercicio de la misma. Por lo que respecta a los despidos nulos, ya por entonces conocidos y precisamente sobre cuya regulación también influyó este decreto, eran objeto de un especial régimen, remitiéndonos al análisis que sobre los mismos se hace más adelante. 2.º Aparición de la defectuosa expresión «indemnización complementaria» para nombrar a la figura, lo que indicaba ya todo un defectuoso planteamiento a partir de una idea errónea acerca de la verdadera naturaleza jurídica de la misma. Lo grave del asunto es que la expresión pasó a la posterioridad y fue acuñada por las leyes de Procedimiento Laboral. 3.º Apartamiento de los precedentes en lo que tenían de ejemplares, pues al introducir la expresión «sustentación de procedimiento», mero cambio, aunque algo más correcto, del de «sustentación de la reclamación», de la época anterior, dejó sin precisar ni concretar, y, en todo caso, fijándolos incorrectamente, los términos iniciales y finales del cómputo del plazo en el que debían devengarse los correspondientes salarios, quedando en muchas ocasiones la concreción de dichos términos a la discutible interpretación de los funcionarios judiciales. 4.º Por otro lado, es loable que el supuesto de recursos se entienda implícito en la mencionada expresión, lo que hacía, en parte, superfluo el artículo 2.º de la ley de 10 de noviembre de 1942, no esterilizándolo, como aconteció en la época anterior, al eliminar el tope de los veinticuatro jornales y dando cabida, en consecuencia y nueva-

(17) ALONSO OLEA, *ob. cit.*, pág. 486.

mente, a la indeterminación temporal de la cuantía de los mismos. Pues es claro que los recursos había que entenderlos contenidos en la referida expresión, ya que ninguna duda cabe que son «procedimiento». 5.º Incidentalmente, y por las consecuencias que en alguna ocasión posterior pueda tener, es de destacar el concepto de salario o jornal que con la presente disposición se introduce y que pasará también a las sucesivas versiones de la LPL, excepto a la vigente, y que añadió a su concepto tradicional otros que no son técnicamente salario, como las prestaciones de la Seguridad Social.

Por el corto período de tiempo que esta regulación estuvo vigente, prácticamente año y medio, no vamos a extendernos en un comentario sobre la misma, habida cuenta además de que la mayoría de sus directrices se conservan y pasaron a las leyes de Procedimiento Laboral. No obstante, consideramos interesante remarcar las siguientes observaciones. En primer lugar, el notable acierto, a nuestro juicio el mayor y único, que suponía volver en lo que a duración temporal se refiere a la duración indefinida, que ya rigió durante la legislación corporativa. Esta novedad, que podía parecer perdida a causa de la larga vigencia del artículo 52 LJM, constituye el único atisbo que se vislumbra acorde con la esencia del instituto. Y de ahí que nosotros no le regateemos elogios. Pero es precisamente este elogio el que nos conduce a una consiguiente crítica por cuanto de contradicción supone denominar a la figura al mismo tiempo «indemnización complementaria». ¿Para qué otra indemnización si en el apartado anterior se había fijado lo que era auténticamente una indemnización de daños y perjuicios? ¿Por qué denominarla complementaria si se establece que puede equivaler a tantos jornales como días dure el procedimiento?

La indeterminación de los términos iniciales y finales del cómputo a tener en cuenta para la fijación de su cuantía, probablemente derivada de la indeterminación misma del vocablo «procedimiento», es también censurable, y no sólo, como lo prueba el que haya tenido que intervenir la Jurisprudencia para fijarlos de forma concreta y precisa, el que deba entenderse que el procedimiento comienza con la presentación de la demanda y termina con la firmeza de la sentencia, sino, y sobre todo, por ignorar que la sentencia de despido es una sentencia constitutiva extintiva cuyos efectos se retrotraen al inicio mismo de la situación que conlleva y con ella se extingue, es decir, a la fecha del despido, como correctamente habían establecido las regulaciones anteriores.

Finalmente, la omisión de que los salarios no proceden cuando el trabajador se volviese a emplear, aunque incomprensible, no causó mayores problemas, pues la jurisprudencia, ya habituada a pronunciarse sobre el caso, volverá

ahora a hacerlo con mayor rigor e incrementada autoridad ante el silencio del legislador.

El artículo 9 de este decreto establecía también el derecho del trabajador, si se declaraba la «pertinencia» del mismo, a percibir en concepto de salarios de tramitación los jornales que hubiera devengado durante la tramitación del llamado incidente de no readmisión que el mismo introdujo. Cómo este incidente, aunque modificado, pasó a las leyes de Procedimiento Laboral, se analizará en el próximo apartado.

4. *Leyes de Procedimiento Laboral*

Las sucesivas leyes de Procedimiento Laboral (1958, 1963, 1966, 1973), que englobamos en el mismo apartado porque en ellas, si se exceptúa el cambio de numeración en el articulado, no ha sufrido variación alguna la regulación de los salarios de tramitación, constituyen la etapa siguiente a considerar en la evolución histórica de la figura que estudiamos. Nuestras referencias van hechas al artículo 104 de la vigente hasta su modificación por el real decreto de 16-7-76, ya que, como es sabido, el artículo 35 de la LRL ha introducido profundas modificaciones en el régimen jurídico del despido que, por lo que a nosotros respecta, serán objeto de análisis en el último capítulo de este trabajo, así como las producidas en los pertinentes artículos de la LPL por el real decreto citado.

La alteración introducida en las leyes de Procedimiento Laboral fue verdaderamente insignificante, contrayéndose, en un intento de precisar el *dies a quo*, a añadir el siguiente párrafo a la versión que ya conocemos del decreto de 1956: «... a partir de la fecha de presentación de la solicitud de conciliación sindical y, en su defecto, de la de la demanda ante la Magistratura.» Bastaría, en consecuencia, traer a colación las consideraciones hechas anteriormente, además de destacar la modificación introducida. Sin embargo, al hilo y durante la vigencia de esta regulación, doctrina y jurisprudencia han suscitado y resuelto tal cúmulo de problemas que se hace de todo punto necesario aludirlos, pese a que por dicha modificación la mayoría sean ya históricas.

Comencemos, en primer lugar, por lo que de fijación de *dies a quo* tiene esta última modificación. Por un lado, y con razón, se ha considerado más perfecto el sistema de la LJM porque al colocarse allí el término inicial en la fecha del despido no había solución de continuidad en el percibo de su salario por parte del trabajador injustamente despedido (18). También Alonso

(18) DE LA TORRE ARREDONDO: *Aspectos singulares de nuestro Derecho del trabajo ante el jurista social*, Barcelona, 1959, págs. 358 y sigs.

Olea ha criticado que «el texto no se refiere a los salarios devengados en el tiempo que media entre el acto del despido y la interposición de la demanda, al que es lógico que se extienda la indemnización, sobre todo si se tiene en cuenta el plazo brevísimo de caducidad de la acción de despido» (19). Además, la fecha en que es fijado el *dies a quo* es incongruente con la expresión «sustanciación del procedimiento», ya que «se incluyen en el concepto de procedimiento actividades extrajudiciales que jurídicamente no lo integran aunque lo preparen» (20). Pero si dicho *dies a quo* está claro, no es así con el *ad quem*, que ha sido objeto de especial estudio por la jurisprudencia. Para el Tribunal Central de Trabajo (sentencia de 11-10-63) «la sustanciación del procedimiento comprende todos los trámites y recursos hasta la definitiva resolución del asunto, lo que en el caso de sentencia de instancia no recurrida tiene lugar en la fecha en que extinguidos los plazos para interponer los aludidos recursos, esta resolución gana firmeza y no aquella en que se dicta». En el mismo sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 13 y 15-12-58, en interés de ley: «... hasta la fecha de la sentencia del Alto Tribunal, y no hasta que el actor ejercite el derecho de opción», o la de 15-2-72, también del Tribunal Supremo: «... hasta que se hayan agotado los recursos que fueren procedentes conforme a Derecho y no al finalizar la instancia». En definitiva, pues, el *dies ad quem* lo marca la firmeza de la sentencia, bien la de la instancia porque no se recurra, bien la del Tribunal Supremo o Central si aquella es recurrida, pues lo que importa a estos efectos es que la sentencia, sea la de instancia o la del tribunal superior, declare el despido improcedente, debiendo además imponerse de oficio en la instancia o al resolverse el recurso (STS 17-5-65 y 12-11-65).

Otro punto muy tratado por la jurisprudencia es el referente al de los contratos temporales o a plazo fijo, en el que sin duda la polémica es de mayor envergadura. A este respecto, y aunque sólo sea a efectos ilustrativos, creo que merece reseñarse la importante y progresista sentencia, en el primer recurso en interés de la ley, de 1-3-55 aclarando un punto controvertido cual era el de qué debía entenderse por daño en las actividades de temporada y manteniendo que por tal debía entender el año civil o legal de trescientos sesenta y cinco días. Aunque dictada a efectos de la indemnización básica, creemos encierra también posibilidades para una interpretación progresista de los salarios de tramitación en este tipo de contratos, donde la tesis mantenida es justamente la contraria, es decir, que «en los contratos

(19) *El despido*, I. E. P., Madrid, 1958, pág. 175.

(20) JIMÉNEZ ASEÑO y MORENO MORENO: *Comentarios al procedimiento laboral español*, I, Ediciones Acerbo, Barcelona, 1959, pág. 344.

a plazo fijo, los salarios de tramitación, en el despido injusto, no podrán exceder de los que faltan para que concluya el contrato» (STC de 2-4-65), que son los que hubiera devengado de no haberse producido el despido. En la misma dirección, la del Tribunal Supremo de 12-3-62. Sin embargo, esta postura jurisprudencial no es aceptada unánimemente. Así, Ojeda Avilés (21) se pregunta que «si durante la sustanciación del procedimiento ocurriese la llegada del término, ¿deberá pagar el empleador los salarios de tramitación hasta la sentencia firme o sólo hasta la fecha en que naturalmente debió haberse extinguido el contrato? En alguna ocasión el Tribunal Central de Trabajo (sentencia de 2-4-65) se ha pronunciado por la última postura, pero más acertada parece la opinión de Rodríguez-Piñero en el primer sentido, en base al texto legal, por cuanto en este supuesto se trata de una indemnización complementaria sin relación con la subsistencia o no del contrato, frente a lo que sucede en el despido nulo, y que ha de ser abonada, en el tenor del artículo 104 de la LPL, en todos los casos en que se declare el despido improcedente». También Rodríguez-Piñero (22), al referirse a la acción ordinaria por despido, distinta de la específica de reclamación de salarios por incumplimiento de contrato, y que tendría lugar cuando durante su tramitación tuviese lugar el agotamiento de la duración, dice que se ha dudado si correspondería entonces el pago de los enteros salarios de tramitación, lo cual se debe contestar afirmativamente, pues el artículo 104 de la LPL dice que «en todo caso» y hace referencia a indemnización complementaria, no tratándose así de pago de salarios» (23). Guardando relación con esto hay que anotar que los salarios de tramitación sólo proceden cuando lo que se ejercita es una acción por despido y no una acción por incumplimiento de contrato. Lo que ciertamente tiene su importancia porque en los contratos por tiempo determinado ejercitando la acción por incumplimiento de contrato no se plan-

(21) *Los trabajadores temporales*, Sevilla, 1973, pág. 262.

(22) «La relación de trabajo de duración determinada», en *R. P. S.*, núm. 50, página 62.

(23) Como ya se ha puesto de manifiesto en diversas ocasiones, el profesor RODRÍGUEZ-PIÑERO ha revisado su posición ante los salarios de tramitación manteniendo en la actualidad la tesis de que se trata de un puro débito salarial. Véanse sus trabajos citados en notas 2 y 4. Para nosotros, el supuesto de los contratos temporales supone una doble excepción a la tesis que defendemos. Por un lado, mantenemos que los salarios deben abonarse hasta la fecha de la firmeza de la sentencia, siempre que el trabajador no esté empleado en otra empresa, aunque el contrato hubiera terminado antes, pese a que entonces parezca diluirse la naturaleza salarial del débito, aunque son salarios por imperativo legal. Y en segundo lugar, es el único caso que conocemos en que la cuantía de los salarios de tramitación va ligada a la duración del procedimiento.

tean las anteriores dudas, pues, como señala Sagardoy (24), basta acudir a la legislación del artículo 1.101 y concordantes del Código civil en la que existe la ventaja, además de evitar los efectos contundentes del plazo de caducidad del artículo 82 de la LCT, de que un trabajador despedido sin justa causa que tenía suscrito un contrato por año y medio, si ejercita la acción del artículo 82 de la LCT nunca puede obtener una indemnización superior a un año, dejando de percibir los salarios correspondientes a seis meses de trabajo. Pero es claro que si se opta por la acción del artículo 1.124, ello plantea también arduos problemas, pues «la indemnización de daños y perjuicios prevista en este artículo no va ineludiblemente ligada al incumplimiento contractual, sino que es preciso demostrar la existencia real de daños y perjuicios que hubieran podido sufrir los que ejercitan la acción del cumplimiento de contrato» (STS de 6-5-45); y no sólo eso, sino que aun mediando daños, si el incumplimiento de los contratos no implica dolo, negligencia ni morosidad, tales perjuicios ofrecen carácter fortuito, y por ello no son resarcibles (STS de 15-1-24).

La laguna legal sobre la procedencia o no del abono de los salarios de tramitación cuando el trabajador se volviese nuevamente a colocar ha sido, como ya adelantamos, cubierta por una doctrina jurisprudencial que sin vacilaciones ha continuado manteniendo la vieja tesis de la procedencia de descontar lo obtenido por el trabajador en otros empleos. He aquí una muestra de nuestro aserto: «los salarios de tramitación deberán ser abonados con la rebaja correspondiente de los salarios percibidos, dada la finalidad reparatoria de la percepción y por suponer un enriquecimiento injusto» (STS de 27-6-53, 3-10-61, 30-1-63 y 17-6-72). O esta otra, aunque interfiriéndose en la determinación de la naturaleza, a nuestro juicio errónea, de la figura: «... que debe condenarse a la empresa patronal a que abone al demandante una indemnización equivalente a los salarios dejados de percibir mientras se ha sustanciado esta litis, a tenor de lo dispuesto en el artículo 100 del TR (hoy 104), pero como este precepto tiene una clara finalidad reparatoria de los perjuicios que el productor hubiera sufrido por su despido improcedente, debe descontarse de la total suma de esta indemnización, los salarios que hubiera percibido al servicio de otras empresas durante el tiempo indicado, puesto que sería contrario a la equidad que se le abonaran unos y otros, lo que supondría un enriquecimiento injusto que no puede amparar la ley» (STS de 30-1-63, Ar. 369). Por su parte, Sagardoy (25), al comentar este punto,

(24) *R. P. S.*, núm. 51, págs. 113 y sigs.

(25) *El despido laboral y los expedientes de crisis*, Ediciones Deusto, Bilbao, 1969, pág. 138.

señala que «habrá que descontar los salarios que el trabajador haya podido percibir en otro empleo en el que estuviera ocupado desde que se le despidió. Así lo entendemos por aplicación del artículo 47,3 de la LCT, ya que el despido improcedente es imputable al empresario. ¿Pero tal descuento es aplicable a los salarios de tramitación del juicio o también a la indemnización por el despido improcedente cuando se opte por ella? A nuestro juicio, sólo procede en el primer caso, porque en el espíritu de la ley, la indemnización por tramitación del juicio, que puede ser larga si hay recurso, pretende compensar la desocupación o falta de ganancia del trabajador despedido improcedentemente. Pero no así la indemnización por despido que responde a otras finalidades». Mas para aclarar este punto entendemos que es preciso distinguir dos supuestos: el del artículo 104 referido a salarios de tramitación devengados en la instancia, y el artículo 227 de la LPL relacionado con el supuesto de recursos. Por lo que respecta al del artículo 104, y dejando para un análisis posterior el otro supuesto por permanecer vigente, entendemos que la posibilidad de descuento, cuando se ha trabajado en otra empresa, procede siempre por aplicación del artículo 47,3 de la LCT. Esto es lo que cabe deducir de un análisis de la jurisprudencia mencionada. Empero, el supuesto del artículo 227 puede ser objeto de otras matizaciones que se harán en su lugar adecuado. En definitiva, pues, volviendo al artículo 104, y pese a la dicción del mismo de que «en todos los casos» habría que pagar los salarios de tramitación, con independencia de que el trabajador haya devengado salarios en otra empresa durante la tramitación del procedimiento de despido (26), y pese a que dicha regulación es incorrecta si se arranca de la naturaleza de la figura como un débito salarial por estar en contradicción con el principio sentado en el artículo 47,3 de la LCT, ya entendido por la doctrina como que con él se trata de evitar una duplicidad de remuneraciones (27), lo cierto es que en la jurisprudencia ha quedado establecido, loablemente, a nuestro juicio, y a través de una vía no muy ortodoxa, que «el pago de los salarios de tramitación a trabajadores despedidos que durante aquel tiempo han prestado servicios y percibido salarios en otras empresas deberán ser abonados con la rebaja correspondiente de los salarios percibidos, dada la finalidad reparatoria de la percepción y ser contrario a la equidad, suponiendo un enriquecimiento injusto el percibir nuevamente la retribución laboral que ha hecho efectiva el trabajador en otras empresas durante la tramitación del proceso, cuya duración no es imputable a quienes litigan» (STS de 17-6-72).

(26) Así lo entendió RIVERO LAMAS en «Indemnización. Derecho laboral», en *Nueva Enciclopedia Seix*, tomo XIII, pág. 259.

(27) PÉREZ BOTIJA: *El contrato de trabajo*, 2.ª edición, Madrid, 1954, pág. 150.

A la misma conclusión llega Torvillas Zorzano (28), quien no cree acertado que pueda aplicarse, sin discriminación, la tesis jurisprudencial de la deducción, sino que ésta sólo es posible en el caso de que los salarios deducidos correspondan al proceso de instancia, durante el cual la empresa no puede requerir al trabajador para que se incorpore al puesto de trabajo, sin incurrir en un supuesto de revocación de su decisión extintiva por condonación o perdón del empresario, según la doctrina de los propios actos.

Punto controvertido y discutible también es el que se refiere a la modificabilidad o no de su cuantía por un tribunal superior. Como es sabido, la tesis contundentemente mantenida es la de la inmodificabilidad de dicha cuantía y el arbitrio soberano del juzgador de instancia para su fijación dentro de los límites legales establecidos, y especialmente por lo que se refiere a la indemnización básica o principal por despido. Sin embargo, puede encontrarse alguna sentencia en la que la cuantía de la indemnización ha sido modificada por el tribunal superior, lo que, por otra parte, no debe extrañar, habida cuenta de que, a tenor del artículo 101 de la LPL, en el resultando de hechos probados el magistrado debe hacer constar expresamente el sueldo o jornal que el trabajador percibiera, lo que lleva a la clara consecuencia de que si ha habido error en dicha declaración fijándose un salario distinto del realmente percibido y probado, dicho error repercute necesariamente, y especialmente, en la cuantía de lo que se debe satisfacer por el concepto de salarios de tramitación. Nada sorprendente, pues, que la STCT de 4-2-60, afirme «que si bien es cierto, y así lo viene declarando esta Sala, que la fijación de la indemnización en los supuestos de despidos improcedentes corresponde al juzgador de instancia en atención a las circunstancias que en el artículo 81 de la LCT se especifican, cuando ha existido error al determinar precisamente esas circunstancias que influyen en la cuantía de la indemnización, no es lógico ni equitativo mantener la señalada por el juzgador». Esta tesis, pues, es perfectamente aplicable a la mal llamada indemnización complementaria cuando el error ha influido en la determinación del salario, única circunstancia a tener en cuenta para el cálculo de su importe, ya que nada juegan en el mismo las circunstancias a que se refiere el artículo 81 de la LCT, llegándose incluso por la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 15-10-68, y para el supuesto de la indemnización complementaria, a modificar los hechos probados. Cabe afirmar, pues, la posibilidad de modificación de la cuantía de los salarios de tramitación por un tribunal superior.

Temas menores extraídos de la doctrina jurisprudencial son también los que hacen mención a su compatibilidad o no con las prestaciones de desem-

(28) *El régimen jurídico del despido en España*, Barcelona, 1974, pág. 251.

pleo y a su abono como prestación complementaria, y al referente a la especial regulación de los representantes de comercio.

Como es sabido, el abono a los trabajadores de las indemnizaciones que les hayan sido reconocidas por la Magistratura de Trabajo en los casos de extinción de la relación laboral integra una de las llamadas prestaciones complementarias del régimen de desempleo que las hace efectivas por insolvencia del deudor. Ninguna duda cabe, por lo que hace a la indemnización principal, que ia misma es compatible con las prestaciones básicas de desempleo (art. 173 de la LSS) y que es abonable por insolvencia del deudor, como prestación complementaria, por la entidad gestora correspondiente. La duda está en si acaece lo mismo con los salarios de tramitación. A este respecto, nosotros pensamos que pese a que por definición las prestaciones por desempleo son incompatibles con la percepción de salarios, nada se opone a su compatibilidad, por la simple razón de que cuando comienzan a percibirse dichas prestaciones ya se han devengado los salarios de tramitación, que corresponden a situación pretérita. Y por cuanto hace a su abono como prestación complementaria, reiterada jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo ha negado su procedencia, criterio coincidente con el nuestro por las razones apuntadas de que el Seguro de Desempleo no se implantó para abonar salarios debidos, sino para abonar subsidios a quienes no puedan percibir salarios (29), y no por la confusa argumentación que esgrime la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 10-2-69: el desarrollo reglamentario de la LSS se realizó por orden de 5-5-67, que en sus artículos 17 y 20 se refieren a indemnización por extinción del contrato de trabajo o por despido, respectivamente, es decir, en singular, pues cuando la ley pluraliza en «indemnizaciones» (art. 179 de la LSS) se contrae también pluralmente a trabajadores, amén de que, dada su naturaleza, la normativa reguladora de tales supuestos ha de ser interpretada restrictivamente, por lo que deviene patente que el mentado Seguro de Desempleo no está obligado al abono de la cuestionada indemnización complementaria por salarios de tramitación. En el mismo sentido, las sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 1-2-71, 2-6-72 y 23-10-73.

En los despidos improcedentes de los representantes de comercio, además de la especialidad de la indemnización básica, la jurisprudencia ha venido manteniendo la no procedencia de la condena a salarios de tramitación. En este sentido, por ejemplo, la significativa sentencia del Tribunal Supremo de

(29) Otra cosa sería, dicho sea de paso, que estos salarios de tramitación, puros salarios devengados y no abonados, puedan ser hechos efectivos por el Fondo de Garantía Salarial que se constituye por el artículo 31 de la LRL.

23-6-73 afirma no existir violación del artículo 104 de la LPL, pese a tratarse de trabajadores por cuenta ajena, y el despido improcedente «pues la ley de 21-7-62, que modificó el artículo 6.º de la LCT, facultó al Gobierno a regular la norma de los despidos de estos productores, y por ello el decreto de 20-9-62 que regula su situación laboral tiene el carácter de ley delegada y por ser especial prevalece sobre las normas generales, y, en consecuencia, no habiendo sido derogado ni expresa ni tácitamente por el artículo 104 de la LPL, procede desestimar el recurso». Sin embargo, muy distinta será la conclusión a que se llegue al contemplar los salarios de tramitación en los despidos nulos de estos mismos trabajadores, como se verá en su lugar. Y ni que decir tiene que resulta criticable semejante regulación cuyos principios, si pueden estar justificados por una cierta política laboral, es innegable que suponen una discriminación sin fundamento, y en nuestro caso concreto incongruencia y desconocimiento de qué sean los salarios de tramitación.

Finalmente, y para concluir este análisis sobre la regulación hasta ahora vigente en materia de despidos improcedentes, una referencia la desaparecido incidente de no readmisión. Como ya quedó dicho, el artículo 9.º del decreto de 26 de octubre de 1956 establecía unos salarios de tramitación equivalentes a los jornales que se hubieran devengado durante la tramitación del mismo. Pero es de anotar que en la regulación de este incidente contenida en el decreto mencionado se podía interponer un extraño recurso de revisión contra el auto de la Magistratura ante el Tribunal Central o Tribunal Supremo sin especificar los motivos del mismo, y que justificaba los salarios de tramitación, si bien se establecía que el trabajador sólo tenía derecho a percibirlos «cuando la resolución que ponga fin al incidente declare la pertinencia del mismo», expresión confusa cuya interpretación más correcta parece ser la de que había pertinencia cuando cualquier resolución no revocara el pronunciamiento del auto recurrido, es decir, la resolución en la que se confirme el acreditamiento de las circunstancias que justifican la condena de la empresa a abonar al trabajador una indemnización, aunque se modificara la cuantía de la misma por la resolución superior. Entonces, pensamos, cabría hablar de pertinencia del incidente (30). Al desaparecer todo tipo de recurso contra el mencionado auto en la LPL conforme a lo dispuesto en el artículo 212 de la LPL, ha desaparecido igualmente la correspondiente indemnización complementaria que por salarios de tramitación allí se establecía, pese a haber subsistido el resto de la regulación del incidente citado, por lo que podría estimarse como poco acertada la supresión de estos salarios de tra-

(30) Sobre la anomalía procesal que suponía el recurso contra este auto, véase HARGUINDEY, en *R. T.*, agosto-septiembre 1958, pág. 17.

mitación al permanecer las causas que lo originaron en su día, con sólo sustituir la referencia a su pertinencia con la de la no readmisión o readmisión irregular.

La aplicación de la postura que venimos manteniendo a lo largo de este trabajo al supuesto ahora contemplado parte de estas dos premisas: primero, que normalmente se llegaba a este incidente cuando era el trabajador el titular del derecho de opción y lo ejercitaba en el sentido de la readmisión (pues pensar que esto podía suceder cuando era el empresario quien lo ejercitara en ese sentido es prácticamente absurdo ya que podía haber optado, para evitar la readmisión o la irregularidad de la misma por la indemnización), y en segundo lugar, que el mismo se planteaba en un sistema, como el español hasta la LRL, y con la excepción del artículo 212, en que la readmisión forzosa no estaba admitida. Pues bien, y prescindiendo de que la legalidad vigente sólo obligase a su abono hasta la firmeza de la sentencia, de acuerdo con nuestra tesis, y llevándola hasta sus últimas consecuencias, es claro que durante la tramitación del incidente subsistía la situación de despido a que el trabajador fue arrojado desde el momento mismo en que el empleador tomó unilateralmente tal decisión, y que tal situación estuvo vigente hasta la resolución definitiva del contrato por el auto que debía dictar el magistrado sustituyendo aquella readmisión por una indemnización, auto que implicaba la liberación de la situación de mora del empleador. De ahí que hasta ese momento se debieran abonar salarios de tramitación, ya que el incidente no era sino la salida obligada de un sistema que al no admitir la readmisión forzosa obligaba a la continuación, morosa, de un *status* de despido que reclamaba el pago de salarios hasta el momento final, definitivo, irrevocable e irrecurrible de dicha situación. Por todo ello pensamos que fue una incongruencia y un error eliminar los salarios de tramitación durante el llamado incidente de no readmisión, y pensamos más, pensamos que debieron mantenerse sin solución de continuidad con las situaciones anteriores. Y no estamos solos en el pensamiento de que aquello fue una anomalía, pues prescindiendo de que Tovillas entendió que se encontraba vigente hasta la LRL, acompañamos en esta idea a Sagardoy (32) y a Suárez González (33), quien además remacha que fue «con violación de principios aconsejables por la justicia y demandados por la lógica». Y especialmente a Alonso Olea, quien afirma que «hay que entender que estos denominados salarios de tramitación siguen devengándose si media un incidente de no readmisión, lo que implica

(31) *Ob. cit.*, en nota 28.

(32) *Ob. cit.*, pág. 137.

(33) *La terminación del contrato de trabajo*, Madrid, 1967, pág. 150.

una previa opción del trabajador despedido para la readmisión misma, con lo que a los posiblemente señalados en la sentencia se ha de añadir, en su caso, los que median entre ésta y el auto» (33 bis).

5. *Los salarios de tramitación en despidos nulos*

La historia de los salarios de tramitación en los despidos nulos es más reciente y no ha sufrido las vicisitudes habidas en los injustificados, indudablemente por las propias consecuencias que la nulidad acarrea. De ahí que sea en esta clase de despidos donde con más pureza y vigor pueda observarse la auténtica naturaleza de la figura de los salarios de tramitación, la inexactitud de esta denominación, así como la de indemnización complementaria, y, en definitiva, los atributos de simplicidad y sencillez que adornan y configuran a la institución.

El despido nulo fue introducido en nuestra legislación positiva por la orden de 23-4-47, introducción calificada por Núñez Samper como «novedad sin precedente» (34). Y Hernainz Márquez (35) estima que mediante el sistema implantado a través de las reglamentaciones de trabajo se introduce con caracteres de auténtica novedad en nuestro Derecho el interesante principio jurídico de la concreción del despido. En la orden citada se establecían dos tipos de despidos nulos: el de los supuestos de crisis sin autorización y el supuesto del artículo 3.º para las empresas que sometidas a una reglamentación de trabajo que exigiese instrucción de expediente, contraviniesen dichas normas e impusieran directamente el despido en vez de elevar propuesta en tal sentido a la Magistratura de Trabajo. A tal respecto, la STS de 15-4-52 ratificaba que no eran nulos los despidos en aquellas empresas sometidas a una ordenanza que no exigiese la previa instrucción de expediente y además que «la nulidad del despido impuesta por la orden de 23-4-47, reguladora de la materia, no deriva sólo de la circunstancia de no haberse instruido el expediente previo a la imposición de aquella medida, sino de que, con infrac-

(33 bis) «Ejecución de sentencias de despido: el incidente de no readmisión», comunicación presentada al III Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo, volumen II, pág. 1157. Por cierto, que en es trabajo cita el profesor A. OLEA sentencias de algunas Magistraturas de Trabajo en las que por este incidente de no readmisión se señalan condenas por salarios de tramitación durante el mismo. No obstante, no ha sido esa la norma general.

(34) «El despido nulo y la orden de 23 de abril de 1947», en *R. D. T.*, núm. 1, 1954, págs. 4 y sigs.

(35) «La carta de despido y sus problemas», en *Revista de Derecho Privado*, 1962, págs. 604 y sigs.

ción de la correspondiente norma reglamentaria, haya sido acordada la sanción por la empresa y no por la Magistratura a propuesta de aquélla». Ya Cano Vivanco (36) entendió que la falta de los requisitos formales provocaba la anulación del despido y que «dicha anulación tiene que llevar aparejada naturalmente la reposición de los hechos al día en que se produjo el cese del trabajador, con el consiguiente pago de los salarios correspondientes a los días transcurridos entre aquél y la fecha de la resolución, ya que la falta de expediente no sólo supuso una infracción de preceptos formales, sino que causó un perjuicio económico al sancionado, siendo ésta una de las consecuencias que las nuevas reglamentaciones traen al procedimiento».

No obstante, es preciso reconocer que lo que hizo la citada orden no fue sino recoger el criterio que ya venía aplicando la jurisprudencia para aquellas reglamentaciones en que fuese exigencia previa la instrucción de expediente y propuesta a la Magistratura de Trabajo (36 bis), pero no lo implantó con carácter general, ya que al lado de estas reglamentaciones existían otras en las que no figuraba tal exigencia o requisito para proceder a despedir. En definitiva, se puede llegar a la conclusión de que para las empresas cuyas ordenanzas así lo exigiese, el incumplimiento de las formalidades requeridas suponía la nulidad del despido en tales circunstancias acordado, sin que lo fuere para las empresas a las que fuera aplicable una ordenanza que no exigiera tales formalidades. Y en todo caso, es preciso no olvidar que lo que para nuestro estudio interesa son las consecuencias, los efectos, que esa inobservancia formal acarrea, consecuencias a las que ni las reglamentaciones ni la orden de 23-4-47 hacen referencia de manera expresa, aunque fácilmente pudiera inferirse de la nulidad decretada.

Con el decreto de 1956 se suprime la necesidad del expediente para los despidos comunes sustituyéndose por la exigencia de mera notificación escrita, subsistiendo, en cambio, para los llamados despidos especiales (37). Y, pese a contar con el notable antecedente de la orden de 1947, que los declaraba nulos, en este decreto no se hace referencia alguna a las consecuencias que pudiera acarrear el incumplimiento del requisito formal establecido, lo que dio lugar a una doble corriente interpretativa (38): para unos, la inobservancia del requisito formal establecido llevaba implícita la nulidad del despido, ba-

(36) «El procedimiento de despido en las nuevas reglamentaciones de trabajo», en *Revista de Derecho Procesal*, 1945, págs. 549 y sigs.

(36 bis) Véase en tal sentido las sentencias resumidas por BENÍTEZ DE LUGO, en *ob. cit.*, pág. 309.

(37) Véase a tal respecto HERNAINZ MÁRQUEZ: «Las excepciones al decreto de 26 de octubre de 1956», en *R. T.*, 1957, núm. 2.

(38) Véase *ob. cit.*, en nota 35.

sada, además de por estimarla más favorable al trabajador, en la inercia marcada por las antiguas resultas de la existencia del expediente previo, máxime con el refuerzo que a ello supuso el criterio de la orden de 1947; otra orientación le otorgó un valor análogo al de los casos en que no se acreditase suficientemente una razón para justificarlo, basándose en que no debe darse mayor valor a los requisitos de forma sobre los de fondo. Entre los que se inclinaban por la nulidad cabe mencionar a Alonso Olea (39), quien opinaba que la forma se exigía como requisito *ad solemnitatem* y que un despido que no se ajustase a la misma era un despido radicalmente nulo, debiendo declarar el magistrado de Trabajo la subsistencia del contrato de trabajo, lo que implicaría para el empresario el deber de satisfacer al trabajador los salarios y sus prestaciones conexas, y apostillaba: «Si se entiende de otra forma la exigencia legal, su finalidad queda total y enteramente burlada.»

Es preciso llegar al TRPL de 4-7-58, de donde pasaría a las versiones sucesivas, para que se establecieran de forma expresa las consecuencias no ya del incumplimiento del requisito formal, que es la nulidad, sino las consecuencias de la propia nulidad. En efecto, dispone el artículo 102 LPL, de 17-8-73: «Cuando se acredite el incumplimiento por la empresa del requisito formal a que se refiere el artículo 97 del presente decreto, el magistrado declarará de oficio nulo el despido.» Y el 117 del mismo texto legal: «En todos aquellos casos en que se declare nulo el despido del trabajador, en la sentencia se condenará a la readmisión del mismo en su puesto de trabajo y al abono de los salarios correspondientes a los días que medien entre la fecha del despido y aquel en que la readmisión tenga lugar.»

Declaración, por tanto, expresa de nulidad, por un lado, y consecuencias claras y expresas de esa nulidad, por otro. Tales son los rasgos fundamentales de la regulación hasta ahora vigente sobre despidos nulos, regulación que al no ser modificada por la LRL ha pasado sustancialmente intacta a los artículos «acomodados» de la LPL, según la redacción dada a los mismos por el real decreto de 16 de julio de 1976, salvo matizaciones que se harán al analizar el régimen jurídico vigente.

Como decíamos anteriormente, es en el peculiar régimen de los salarios de tramitación de los despidos nulos donde con más nitidez aparece la esencial naturaleza de los mismos, peculiar régimen y esencial naturaleza que vienen, creemos, a apoyar y robustecer la tesis que a lo largo de estas páginas venimos manteniendo. Por lo pronto, aquí se observa con toda claridad que ni se utiliza la expresión «indemnización complementaria» como desafortunadamente reza el artículo 104 LPL (aunque el nuevo artículo 105 LPL, que es el

(39) *El despido*, cit., pág. 151.

que ahora regula los efectos de la nulidad, se introduce la expresión, a consecuencia, sin duda, de la regulación conjunta en el mismo precepto de los efectos de los despidos injustificados) ni se vincula en absoluto su duración a la duración del procedimiento, ni se coloca como *dies a quo* cualquier otra fecha arbitraria como la de la presentación de la demanda o solicitud de conciliación sindical, ni, finalmente, cesa con la firmeza de la sentencia dando lugar a difíciles y complejos problemas interpretativos. Por el contrario, aquí todo es meridiano y claro, como lo son las cosas bien hechas, realizadas con sistema y rigor, respondiendo a su propia naturaleza. Como era sencillo y claro el sistema establecido por el real decreto de 30-7-28, que introdujo la novedad en el Derecho español. Ya entonces hacíamos observar y destacábamos como una de sus notas el aliento de tendencia a la unidad que allí se sospechaba para la regulación de la figura de forma idéntica o similar en los despidos injustificados y en los nulos.

Muy importante precisión debe ser hecha antes de continuar adelante y pasar a analizar brevemente las características claves antes apuntadas. Nos referimos a que no se nos arguya que este tipo de salarios en los despidos nulos no son salarios de tramitación o «indemnización complementaria» como los de los despidos improcedentes, pues aparte de que la doctrina ha utilizado sin vacilaciones la misma dominación para referirse a uno y otro tipo de despido (40), lo importante a destacar es que la naturaleza jurídica de los salarios en ambos casos debidos es la misma, lo que ha sucedido es que en los despidos improcedentes la figura se ha desquiciado, deformado, desnaturalizado. Por eso no podemos coincidir con la afirmación de Tovillas (41) de que los salarios debidos al trabajador en los despidos nulos «en absoluto pueden identificarse con la indemnización complementaria», porque entendemos que lo que ocurre es que con lo que no pueden identificarse es ni con la expresión indemnización complementaria ni con la regulación que de tal indemnización se contiene en nuestros textos positivos actuales, pero en el fondo, en su sustancia última y originaria, en su esencia fundamental, la naturaleza jurídica es la misma: puro débito salarial. Basta para percatarse de ello comprobar que ambas regulaciones coinciden cuando el sistema de readmisión forzosa se implanta. ¿Qué diferencias hay, cabría preguntarse, entre los salarios de tramitación de un despido improcedente y otro nulo en un sistema así? Este es el supremo argumento, entendemos, de la identidad sustancial de naturaleza jurídica entre la llamada indemnización complementaria de los despidos injustificados y los salarios de tramitación debidos por un despido

(40) Sirva por todos A. OLEA: *Derecho del trabajo*, cit., pág. 253.

(41) *Ob. cit.*, págs. 234 y sigs.

nulo. Las posibles diferencias existentes, y ello sólo en un sistema que no admite la readmisión forzosa, son pura contingencia, incidentes de una regulación positiva que para nada afectan a su verdadera e intrínseca naturaleza. Aclarada esta capital cuestión, pasemos a analizar las características principales de su regulación en los despidos nulos.

En primer lugar, cabe destacar, como hemos señalado, la desaparición de la expresión «indemnización complementaria» en los artículos que regulan la materia en despidos nulos y en contraste con lo que hace a despidos improcedentes. Aunque esto no quiera decir, ni muchísimo menos, que sean distintas las naturalezas jurídicas de los salarios debidos por ambos tipos de despido, ni siquiera que el legislador, presumimos, haya atisbado la verdadera naturaleza de la figura al regularla en esta clase de despidos (como lo prueba el hecho, ya destacado también, de que en los nuevos artículos de la LPL sobre la materia se ha introducido, lamentablemente, dicha expresión); sin embargo, es sintomática y muy significativa dicha desaparición por lo que conlleva de reconocimiento implícito de la vera esencia del instituto. Por lo pronto, esto nos obliga a extraer dos consecuencias fundamentales. Es la primera que aquí no cabe hablar por nadie de indemnización, ya que la misma no existe al sustituirse por la readmisión forzosa, de un lado, y ser estos salarios, de otro, pura consecuencia de la nulidad *ex tunc* del hecho del despido propia de una sentencia constitutiva. Y la segunda, que igualmente tampoco procede hablar de complementariedad o accesoriedad porque sería algo perfectamente incongruente y sin sentido.

A señalar también la desvinculación de la duración del proceso por lo que respecta a la duración y cuantía de los salarios debidos por mora en los despidos nulos. Esta «desprocesalización» es otro de los rasgos fundamentales de la figura y nos pone de manifiesto la incongruencia de la denominación que por meros efectos expositivos hemos adoptado, de salarios de tramitación, ya que en los despidos nulos estos salarios comienzan a devengarse antes del inicio del procedimiento y llegan hasta más allá de la terminación del proceso, hasta la readmisión del despedido, es decir, hasta el cese de la situación de despedido.

En tercer lugar, y como aconteció hasta la infausta regulación del decreto de 1956, sobresale también en los despidos nulos la acertada fijación del *dies a quo* colocando como tal fecha inicial de los efectos de la situación el momento mismo del despido, que ya hemos alabado al comentar otras regulaciones en los despidos improcedentes por estar conforme con lo que la naturaleza de la institución reclame y exija. Y, finalmente, el correcto entendimiento que supone fijar como fecha *ad quem* la de la readmisión, lo que lleva implícita la indeterminación o indefinición de su duración y, en consecuencia, de su

cuantía, y hace prácticamente superflua la necesidad de una regulación de los supuestos de recursos.

Estas son y no otras, entendemos, las líneas maestras, delimitadoras, de la figura que estudiamos y que se encuentran o aparecen en los despidos nulos con todo su vigor y en toda su pureza. La adaptación o aplicación de sus principios a los despidos improcedentes, sobremanera fácil cuando el sistema imperante es el de la readmisión forzosa tal y como sucede ahora en la legislación española, produciría la deseada armonía jurídica en la regulación de la figura que la idéntica naturaleza de ambos supuestos reclama y en el fondo alienta.

No se nos ocultan las posibles derivaciones problemáticas que esta regulación de los —ya podemos decirlo— mal llamados salarios de tramitación, que consideramos como correcta, encierran. Nos estamos refiriendo, entre otros potenciales problemas, al tan discutido tema que la llamada incoercibilidad de las obligaciones de hacer plantea, y que aquí, por ser ajeno a nuestro objeto estricto, sólo dejamos aludido. O aquel otro, en definitiva una manifestación del anterior, que la imposibilidad objetiva, real, del cumplimiento que la regulación satisfactoria de la figura exige, como es el pago de salarios hasta la readmisión y que la desaparición del deudor, del empresario, deviene imposible planteándose el problema de si es ajustado a derecho o no, entonces, su sustitución por una cantidad alzada y con cargo a Fondos que tengan esta misión de suplencia y garantía, inclinándonos nosotros por la posibilidad, por supuesto, de esta solución, pero quedándola aquí sólo apuntada sin entrar en el examen a fondo del asunto.

Porque otros problemas menores y más relacionados con nuestro tema pueden ser resueltos. Así, el que se plantea cuando el trabajador despedido, y mientras dura su situación tal, entra a trabajar en otra empresa, punto analizado al tratar de la misma situación en los despidos improcedentes, pero sobre el que referido a despidos nulos no hemos encontrado ninguna alusión. Nosotros, sin desconocer las diferencias que separan el despido nulo del injustificado, pero entendiendo idéntica la naturaleza de la sentencia que los declara de uno u otro tipo e idéntico también el efecto de colocación en mora el empleador que la misma genera, nos inclinamos, en aplicación del artículo 47,3 de la LCT por la posibilidad del descuento de lo que el empleador haya de abonar al trabajador, de lo que éste hubiere obtenido en otra colocación mientras dure su situación de despido.

Y para concluir el presente capítulo, constatar la particularidad que el régimen especial de los representantes de comercio plantea. En contraste con lo que acaece cuando un despido de estos trabajadores es declarado improcedente, en cuyo supuesto, y como ya vimos, no ha lugar a salarios de tramita-

ción, cuando, en cambio, es declarado nulo la jurisprudencia los reconoce, ya que «como el decreto de 20-9-62 sólo modifica los pronunciamientos de la condena en los casos de despido improcedente de estos agentes de ventas imponiendo únicamente el pago de una indemnización, no es admisible extender esta norma a los despidos nulos de mayor transcendencia social, y por ello se estima inexistente el acuerdo rescisorio del empresario, teniendo que ser repuesto el obrero en el mismo puesto de trabajo con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del cese hasta la reincorporación» (STS 14-12-67, Ar. 4.327).

III

NATURALEZA JURÍDICA

1. *Posturas doctrinales*

El tema de la naturaleza jurídica de los salarios de tramitación, sin duda, es el capital de cuantos puedan afectar a la figura, el más problemático y, por supuesto, como tendremos ocasión de ver, auténtica *terra incognita* que ahora nos toca dilucidar, pese a que a lo largo de la exposición histórica, por ineludibles necesidades expositivas, de análisis e interpretación, se hayan adelantando las líneas maestras que, a nuestro juicio, informan y sustentan el instituto.

Porque, en efecto, mientras existe una literatura que podríamos calificar de abundante en torno a la naturaleza jurídica de la indemnización principal o básica por despido, el tema de la naturaleza jurídica de los salarios de tramitación o indemnización complementaria, según la infeliz expresión de nuestros textos positivos y que sólo Alonso Olea, que sepamos, ha puesto en tela de juicio (41 bis) ha sido sistemáticamente ignorada, postergada, soslayada, olvidada, y las escasas alusiones encontradas lo son como de pasada, tangenciales, sin el detenimiento ni el examen a fondo que creemos reclama la importancia de la figura tanto cualitativa como cuantitativamente. Cualitativamente porque indagar la naturaleza jurídica de los salarios de tramitación por su dificultad y complejidad resulta enormemente más sugestivo que indagar la de la indemnización principal por despido, y cuantitativamente porque por su importancia pecuniaria ha venido a ser más interesante que aquella, relegada ya a un segundo plano.

(41 bis) En *ob. cit.*, en nota 33 bis.

Puestos, pues, en la tesitura de desbrozar el camino que puede conducirnos al encuentro de la naturaleza estimada como correcta de los salarios de tramitación, habría que comenzar rechazando la postura de quienes aluden a la figura, en primer lugar, conceptuándola como indemnización. En esta dirección se encuentran autores como Harguindey (42), para quien «esta indemnización complementaria, tal como está configurada, es una verdadera indemnización y no compensación por jornales perdidos, ya que el magistrado debe concederla con independencia de que mientras el procedimiento se estaba tramitando el obrero despedido estuviese o no trabajando en otro centro de trabajo». Esta tesis de Harguindey puede darse por superada con las reflexiones que hemos venido esparciendo a lo largo de las páginas anteriores, tanto por lo que respecta a la indemnización, que no tiene sentido al lado de la verdadera indemnización por despido que siempre se ha establecido por los despidos injustificados, como por lo que se refiere a la no posibilidad de descuento por trabajar en otras empresas, lo que, como también hemos visto, ni es la tesis de la jurisprudencia ni lo permite el artículo 47,3 LCT. Cabe englobar aquí igualmente las posturas de García Abellán y Sagardoy. García Abellán (43), respecto de la indemnización complementaria, manifiesta inclinarse por el carácter de indemnización resarcitoria al decir que «las disposiciones vigentes reguladoras de la materia conminan con una sanción pecuniaria, optativa, al empresario que despidiera sin fundamento jurídico para ello, resarciendo además al trabajador así despedido con el reintegro de los salarios dejados de percibir durante el período de inactividad forzosa». Y Sagardoy (44) señala que no perjudica el carácter definitivo del despido el hecho de que en todo caso han de abonarse los salarios de tramitación, ya que no pueden conceptuarse como salario, «sino como una indemnización cuyo importe se mide por los salarios del tiempo que haya durado la tramitación del juicio». Prescindiendo del carácter definitivo o no del despido, lo que es más que discutible tan pronto la decisión del empleador pueda ser revisada y revocada por un órgano jurisdiccional, y especialmente si se produce en un sistema de readmisión forzosa, lo cierto es que no nos parece defendible la idea de que se mida por los salarios, y consista en salarios, podríamos añadir nosotros, y no sean salarios, un débito salarial. Y es que este defecto de óptica o de planteamiento se completa con la idea del mismo autor (45) de que el artículo 47,3 LCT no es aplicable aquí porque se refiere sólo a los casos

(42) «Pago de salarios en trámite de recurso en los juicios de despido», en *R. T.*, noviembre-diciembre 1962, pág. 1865.

(43) «La indemnización por despido improcedente», en *R. D. T.*, núms. 37 y 38.

(44) *Ob. cit.*, págs. 133-134.

(45) En *R. P. S.*, núm. 51, pág. 113.

de suspensión y no a los de extinción, siendo lo cierto que si hay suspensión, como ha escrito Rodríguez Piñero (46), no existe mora del empleador, que es precisamente lo que regula el mencionado artículo 47 de la LCT.

Para Hernainz Márquez (47), «su misión dentro de nuestro Derecho positivo respondió a una doble finalidad: a) ampliar o completar el limitado tope máximo de seis que primeramente se concedió a la indemnización por despido, y b) procurar que dado el carácter rápido de las normas procesales en materia laboral pueda, mediante su puesta en juego, lograrse una mejor reparación en el despido injusto, manteniéndose la relación laboral mediante la ficción que encierra, como si no hubiese sufrido rotura alguna».

Otras dos opiniones de diferente peso, pero igualmente rechazables, hay que reseñar. Es una la de Riaza Ballesteros (48), quien entiende que los salarios de tramitación son debidos «en virtud de la plusvalía adquirida por la empresa por la incorporación del esfuerzo del trabajador», idea que si puede aportar alguna luz para explicar o servir de sugerencia a otras instituciones del Derecho del trabajo, nada explica en esta concreta que tratamos. Y la otra, del profesor Alonso Olea (49), quien afirma ser «verdadera y propiamente, y siempre, una sanción por el incumplimiento del empresario del contrato de trabajo que se refleja en la falta de causa del despido», tesis tampoco convincente, porque deja sin explicar, entre otros, problemas como el de la cuantía ilimitada, el del destinatario del fruto de la sanción, el posible descuento de las cantidades obtenidas en otros trabajos, etc., y, en definitiva, porque desconoce la naturaleza de la sentencia de despido y la consecuencia de incurrimento en mora del empleador que de ella se deriva.

Entre las concepciones que más se aproximan a un acontecimiento certero del problema, cabe destacar la de los profesores Rivero Lamas y De la Villa. Para Rivero (50), esta indemnización sí lo es verdaderamente de incumplimiento de contrato, porque trae su causa, no de la extinción (ya que ésta no se ha producido cuando el empresario le comunicó el despido calificado luego de improcedente, y puede no producirse después de la sentencia del magistrado), sino del hecho de no haberse abonado unos salarios debidos al impedir la prestación de trabajo el empresario, culpablemente, vigente la relación de trabajo y con independencia de que el trabajador haya devengado salarios en otra empresa durante la tramitación del procedimiento de despido». Pese a estar en estas líneas magníficamente sintetizada parte de la esencia de la ins-

(46) *Ob. cit.*, en *R. P. S.*, núm. 74, pág. 70.

(47) *Notas...*, cit.

(48) *Criterios típicos...*, cit., pág. 160.

(49) *El despido*, cit., págs. 173-74.

(50) *Nueva Enciclopedia Seix*, cit., págs. 213 y sigs.

titución, por cuanto implica de vislumbre de la mora del empleador aplicable a la figura, sin embargo, no llega a captarse en su totalidad la naturaleza última de ésta, pues, como dice Rodríguez Piñero (51): «Si se admite que es debida por no haberse abonado unos salarios y consiste en el importe del salario, se trata lógicamente de un débito salarial y no de una responsabilidad resarcitoria.» Y De la Villa (52), tras manifestar que es muy discutible la naturaleza jurídica de la figura que estudiamos y que la duda oscila entre indemnización de resarcimiento o auténtico salario, se inclina por esta segunda teoría, que tiene, dice, la ventaja de que hace más explicables los posibles descuentos a realizar de las cantidades debidas al trabajador, si durante el tiempo de separación de la empresa realizó trabajos retribuidos.

En definitiva, «el pretendido carácter indemnizatorio de la condena a los salarios de tramitación no parece aceptable» (53), debiendo buscar por la vía de la deuda salarial la verdadera naturaleza de los mismos.

2. La sentencia constitutiva de despido

Dos pilares fundamentales y concatenados constituyen el apoyo de nuestra construcción doctrinal sobre la naturaleza jurídica de los salarios de tramitación. Estas dos ideas axiales son, prescindiendo o sin entrar en la discusión sobre si el acto de despido es o no definitivo, sobre si tiene o no eficacia originaria, las de que la sentencia que lo declara injustificado o nulo es una sentencia constitutiva extintiva que recoge una pretensión de igual naturaleza constitutiva y, en consecuencia, de acuerdo con los efectos de una sentencia de tal tipo, el fallo conlleva la puesta en mora del empleador o acreedor de trabajo con sus naturales efectos. Sentencia constitutiva y *mora accipiendi* son, pues, los fundamentos de la naturaleza jurídica de los salarios debidos por y mientras dure la situación de despedido. Pasemos a desarrollar ambos puntos.

Con la mejor doctrina procesal, entendemos por sentencia «aquel acto del órgano jurisdiccional en que éste emite su juicio sobre la conformidad o disconformidad de la pretensión de la parte con el derecho objetivo, y en consecuencia actúa o se niega a actuar dicha pretensión» (54). Sentencias constitutivas son las que crean, modifican o extinguen la situación jurídica misma y en definitiva recogen una pretensión de este carácter, pues pretensión consti-

(51) *Ob. cit.*, en *R. P. S.*, núm. 74, pág. 70.

(52) *Dieciséis lecciones sobre causas de despido*, Madrid, 1969, pág. 288.

(53) RODRÍGUEZ-PIÑERO, en *R. P. S.*, núm. 74, pág. 67.

(54) JAIME GUASP: *Derecho procesal civil*, I, 3.ª edición, I. E. P., Madrid, 1968, pág. 511.

tutiva es aquella en que se pide al órgano jurisdiccional «la creación, modificación o extinción de una situación jurídica», y se caracterizan porque lo que la parte pide al órgano jurisdiccional es que su declaración de voluntad produzca un estado jurídico que antes no existía (55). También para Gómez Orbaneja, acciones constitutivas «son aquellas por medio de las cuales se hace valer un derecho del demandante al cambio jurídico (creación, modificación o extinción de una relación jurídica), tal que sólo sea susceptible de ejercicio judicial». Y más adelante añade: «La sentencia estimatoria de la acción constitutiva, al declarar el derecho, produce el cambio, que, sin ella, pese al derecho, no podría producirse y, por tanto, incide en la relación jurídica material con un efecto que no debe ser confundido con la cosa juzgada.»

La aplicación de esta clara doctrina del proceso civil al campo del Derecho del trabajo no ofrece dificultades. En efecto, la situación jurídica cuya extinción (que no creación ni modificación) se solicita del órgano jurisdiccional, Magistratura de Trabajo, mediante la pretensión constitutiva que se formula en la demanda, es precisamente la de despido en que se encuentra el demandante. (Por eso, en los procesos de despido el demandante es siempre el trabajador, como escribe Alonso Olea (57), único a quien la situación puede afectar, único que se ve envuelto o inmerso en la situación de despido). Basta conocer someramente el mundo procesal laboral para haber podido comprobar esta idea capital y obvia: que lo que en los suplicios de las demandas por despido se solicita del órgano jurisdiccional es, ritualmente, que se declare al mismo improcedente o nulo, que se vuelva el trabajador a la anterior situación extinguiéndose la actual de despido y se extraigan de ello las consecuencias que en Derecho procedan. De entre ellas, una de las más importantes por lo que a nosotros interesa, que por haber incurrido el acreedor de trabajo en mora realizando un acto ilícito y a él solo imputable, se le condene al pago de los salarios que dicho incumplimiento en mora implica, esto es, a los salarios correspondientes a los días en que permanezca en situación de despido el trabajador, pero en el que la prestación de éste deviene absolutamente imposible por la falta de cooperación del empleador.

Pero son convenientes dos precisiones que todavía ayudarán a centrar y matizar más aún la cuestión. La primera es que cuando en las demandas lo que se solicita es que se declare el despido nulo o improcedente, ello no ha de hacer pensar que la pretensión recogida en la misma sea una pretensión

(55) GUASP, *ob. cit.*, págs. 219 y sigs.

(56) *Derecho procesal civil*, I, 6.ª edición revisada, Madrid, 1969, pág. 60.

(57) *Derecho procesal del trabajo*, 2.ª edición revisada, I. E. P., Madrid, 1972, página 84.

declarativa y ni siquiera de condena. Nunca una pretensión de despido puede ser, lógica y técnicamente, una pretensión declarativa, ni la sentencia que la actúe, una sentencia declarativa. Ni siquiera en los supuestos especiales de despidos de cargos electivos sindicales en que excepcionalmente el trabajador ocupa la posición procesal de parte demandada. Pero aquí ni siquiera hay salarios de tramitación, porque técnicamente no ha habido aún despido, sino una mera propuesta. Ello, pues, sería inútil y superfluo, o peor aún, perjudicial para el trabajador: lo que hay que pedir es que se revoque aquella declaración del empresario (o aquel hecho inequívoco, en los nulos) generadora de la situación jurídica de despido y, en definitiva, que cese la misma. Y esto sólo puede hacerse mediante una demanda que recoja una pretensión constitutiva de cognición de acuerdo con el concepto que de tal tipo de pretensiones hemos adoptado.

La duda puede surgir porque, como escribe Zafra Valverde (58), «las sentencias constitutivas no siempre se manifiestan de una manera pura y simple; queremos decir que no siempre, al pronunciarse una resolución positivamente satisfaciente de una pretensión constitutiva, esta resolución forma el contenido total de la sentencia emitida. Frecuentemente a una pretensión constitutiva va acumulada una pretensión de condena cuya satisfacción positiva dependerá de que la primera esté fundamentada. Así, por ejemplo, una sentencia resolutoria lleva normalmente aneja una imposición condenatoria por razón de daños y perjuicios».

La segunda precisión que es preciso resaltar y de la que conviene dejar constancia es que no deben confundirse aquellos efectos originados por la demanda y por la sentencia y que pudieran coincidir. Nos referimos a los efectos jurídicos materiales que ambos actos procesales pudieran generar, y concretamente, por lo que a la demanda se refiere, lo que Guasp llama «efecto de creación» (59), consistente en la puesta en mora del deudor, pues aunque consideráramos, a estos efectos, como deudor al empresario, debe precisarse que su mora no arranca de la demanda, sino de la sentencia constitutiva, y su *dies a quo* no es tampoco el de la demanda, sino el del acto mismo del despido, pues este es precisamente, y conviene subrayarlo, uno de los efectos más típicos de algunas manifestaciones de la sentencia constitutiva: su incidencia en el derecho material extinguiendo o haciendo cesar una situación jurídica desde el momento mismo en que se inició, con las consecuencias que de ello se derivan, es decir, su efecto retroactivo y, en nuestro caso, y en su virtud, la colocación en mora del empleador.

(58) *Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva*, Rialp, Madrid, 1962, pág. 194.

(59) *Ob. cit.*, pág. 309.

Cierto que, como expone Zafra, normalmente el efecto inovativo principal de la sentencia constitutiva arranca de la firmeza de la sentencia. Pero no es menos cierto, y nada infrecuente, la eficacia retroactiva de algunas manifestaciones de este tipo de sentencias. Dicho concepto, dice, nace de una actitud teórica consistente en suponer producido el efecto constitutivo en un momento anterior al de la sentencia, con el fin de explicar ciertos efectos indirectos de ésta. Aplicado al tema objeto de nuestro estudio, la eficacia *ex tunc* de la sentencia constitutiva la aclara definitivamente Chiovenda (61) al precisar que los efectos de la sentencia pueden retrotraerse a un momento anterior al de su pronunciamiento, como el de nacimiento de la situación jurídica que con la sentencia cesa, es decir, y en nuestro supuesto, al momento del despido. Y perfila Zafra Valverde (62): «La sustancia de esa llamada retroactividad consiste en un cierto golpe indirecto que la sentencia inflige a determinadas consecuencias jurídicas que de algún modo surgieron de la situación jurídica sobre la que recae el impacto directo de la sentencia; con la particularidad de que el interés del actor al interponer la pretensión no se limita a obtener el efecto modificativo o extintivo directo, sino también, y a veces más decisivamente, a combatir esas consecuencias jurídicas producidas con anterioridad a la sentencia.»

En resumen, y aplicando la teoría de la sentencia constitutiva a nuestro tema podemos concluir sosteniendo, de acuerdo con el profesor Rodríguez Piñero (63), que por su virtud «el despido rige desde el principio como nulo y la relación de trabajo continúa como el contrato que la constituyó, pues el despido válido civilmente pierde retroactivamente su eficacia». O más claramente todavía: «El efecto de la sentencia de despido injustificado es, por tanto, que el despido se entiende como no declarado y la situación jurídica deviene como era anteriormente; los derechos, obligaciones y expectativas se conservan plenamente y el trabajador conserva, como si el empleador se hubiera colocado en mora en la aceptación del trabajo, al derecho a la remuneración por todo el tiempo en el que el contrato no ha existido durante la vigencia de efectos del despido (63 bis). Consecuencias todas ellas típicas y de-

(60) *Ob. cit.*, págs. 207 y sigs.

(61) *Principios de Derecho procesal civil*, Madrid, 1922, pág. 217.

(62) *Ob. cit.*, págs. 218-19.

(63) *Ob. cit.*, en *R. P. S.*, núm. 74, págs. 69 y sigs.

(63 bis) En el mismo sentido, en GHEZZI: *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milán, 1965, págs. 128 y sigs. La misma tesis para el sistema alemán de la ley de 10 de agosto de 1951, véase M. PANAYOTOPOULOS: *Le controle judiciaire du licenciement dans le droit des pays membres de la communauté économique européenne et celui de la Grèce*, París, 1969, págs. 250-51.

finitorias de la sentencia constitutiva. Y si todo ello era ya así en el anterior régimen jurídico español sobre despido, aunque con posibles discusiones debidas a la dualidad de soluciones existentes al poderse optar entre readmisión o indemnización, con lo que se pudo hablar de que «la sentencia del magistrado en los casos de despido improcedente es siempre una sentencia de condena cuyo contenido consiste en una obligación alternativa» (64), entendemos que tras la LRL, con la desaparición, con carácter general, de la indemnización y el parejo tratamiento de los despidos nulos y los improcedentes, la tesis de la sentencia constitutiva, con sus naturales efectos, se refuerza considerablemente y aparece junto con la colocación en mora del empleador, como uno de los pilares en que se funda o sustenta la única explicación válida, satisfactoria y convincente acerca de la naturaleza jurídica de los llamados salarios de tramitación.

Y nada obsta a ello la categoría jurídica a que se reconduzca la naturaleza del despido. En efecto, si se considera el despido como desistimiento y si entendemos por desistimiento «la facultad que la ley concede en determinados casos a una de las partes o a ambas que les permite poner fin a la relación obligatoria existente, mediante un acto enteramente libre y voluntario que no tiene que fundarse en ninguna causa especial» (64 bis), podría deducirse de ello que la decisión empresarial de despedir sería inmediatamente ejecutiva sin posibilidad alguna de modificación, que no podría de ninguna manera incidir sobre ese acto de despido los efectos retroactivos de la sentencia constitutiva y que, en definitiva, a lo más que podría llegar el órgano revisor sería a la condena de daños y perjuicios, sin que por ello entrañase la puesta en mora del empleador, todo lo cual traería como consecuencia que los salarios de tramitación serían una mera indemnización.

Lo contrario ocurriría si el despido, como una autorizada corriente doctrinal defiende (65), se califica como resolución, entendiéndose por tal la forma de extinción que «no es reflejo de una facultad absolutamente libre, sino que tiene que encontrarse fundada en una hipótesis o supuesto de hecho a tal efecto previsto por la ley» (66), es decir, en una causa. En este supuesto, la función del órgano revisor es fundamental, pudiendo llegar, cuando en el proceso no se ha probado la existencia de causa suficiente para despedir, a

(64) RIVERO LAMAS: «La estabilidad en el empleo», en *R. P. S.*, núm. 70.

(64 bis) Díez-PICAZO: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1972, págs. 839 y sigs.

(65) Véase, por ejemplo, ALONSO OLEA: *Derecho del trabajo*, cit., págs. 199-200, y ALONSO GARCÍA: *Curso de Derecho del trabajo*, Barcelona, 1971, págs. 581 y sigs. y especialmente la 583 *in fine*.

(66) Díez-PICAZO, *ob. cit.*, págs. 839 y sigs.

declarar que el despido pierda retroactivamente su eficacia, a que se considere el contrato como existente y válido *ex tunc* y en definitiva a colocar en mora al empleador con la consecuencia de que lo debido por salarios de tramitación sería pura y simplemente una deuda salarial.

Y aunque sobre la cuestión no existe unanimidad entre los tratadistas, el tema ha cobrado actualidad con la reciente publicación de una excelente monografía, profundamente innovadora, del profesor Martín Valverde (67), quien propugna decididamente la calificación del despido como desistimiento unilateral del empleador. Para Martín Valverde existe «la imposibilidad de encajar el propio concepto de despido en el molde civil de la resolución de los contratos» (68), siendo «el desistimiento y no la resolución el molde conceptual donde encajan los distintos tipos de despido al menos mientras se permita la ejecutividad inmediata de los mismos y no se reconozca plenamente un derecho a la reintegración del trabajador a su puesto de trabajo» (69). Pero, ¿qué es el desistimiento?: consiste en atribuir a cualquiera de las partes, como derecho potestativo de ejercicio extrajudicial más o menos limitado en cuanto al fondo o la forma, la facultad de poner fin a la relación contractual duradera por la que está vinculado» (70). Pero... el Derecho del trabajo español no atribuye esta facultad al empleador en ningún supuesto, se la concede sólo y cuando esté fundada en una justa causa, y así se declare por el órgano revisor (si la decisión empresarial se impugna, claro es) quien es el único que puede declarar válidamente extinguido el contrato, retroactivamente, si la justa causa se da, o válido también retroactivamente si la misma no existe o es insuficiente como lo prueba el hecho, en este caso, de la condena al abono de salarios, además de la readmisión, hasta que ésta se produzca o hasta la fecha de la sentencia de instancia si no se condena a la readmisión, fechas en las que en el supuesto de readmisión cesa la mora del empleador y en el supuesto de condena a compensación económica, se resuelve el contrato y cesa igualmente, *ope legis*, la misma situación de mora del empleador.

Pensamos, por ello, que en el sistema español de despido y especialmente a partir de la entrada en vigor del artículo 35 de la LRL no puede predicarse la admisión del receso empresarial *ad nutum*, sino que en todo caso podría hablarse de un receso *in tronco* que exige una justa causa. Pero en-

(67) A. MARTÍN VALVERDE: *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, Madrid, 1976.

(68) M. VALVERDE, *ob. cit.*, pág. 211.

(69) M. VALVERDE, *ob. cit.*, pág. 265.

(70) M. VALVERDE, *ob. cit.*, pág. 264.

tonces, declara De la Villa (71), «este receso por justa cuasa no es tanto verdadero receso cuanto resolución» ya que actualmente ni siquiera «pagando un alto precio» (72) puede el empleador, en términos generales, despedir a un trabajador sin justa causa. En definitiva, «es claro que este poder de resolución *ad nutum* no se da en nuestro Derecho» (73).

Y es que para concluir, pensamos nosotros, por encima y más allá de la naturaleza jurídica del acto de despido, que la de los salarios de tramitación deriva no de la naturaleza de este acto, sino de la sentencia constitutiva que pone fin al proceso, y esto tanto en un sistema de readmisión forzosa como en un sistema de «despido libre indemnizado», pues a estos efectos la única diferencia importante de ambos sistemas está en el *dies ad quem* de la obligación del pago de los salarios, ya que dicha fecha es la que marca el término final de la mora del empleador y su cesación en dicha situación.

3. *La «mora accipiendi» del empleador*

La naturaleza constitutiva de la sentencia por despido lleva aparejada como su más lógica consecuencia, como su más rigurosa exigencia, la de la colocación del empleador en situación de mora, pues éste, al despedir, corre el riesgo de que haya cometido un acto ilícito que debió prever y, por ser él el culpable, debe pechar con todas sus consecuencias, ya que la LPL supedita los efectos de la decisión de despedir a la instancia del magistrado de Trabajo si el trabajador utiliza su derecho de acudir al mismo para reclamar como demandante. Es por ello por lo que es preciso hacer aquí un breve análisis de la teoría de la mora como complemento necesario del de la sentencia constitutiva antes realizado.

Para la doctrina civilista (74) mora es el retardo culpable, que no quita la posibilidad de cumplimiento tardío, porque si por consecuencia del retraso desaparece la posibilidad de cumplir la obligación, más que mora hay incumplimiento total. De los dos tipos de mora que en relación a las personas distingue la doctrina, nos interesa aquí la *mora accipiendi o creditoris*, pues es el acreedor de trabajo o empleador quien en virtud de la sentencia constitutiva incurre en mora. Los requisitos de esta clase de mora son: que se dé una obligación vencida para cuyo cumplimiento haga falta el concurso

(71) DE LA VILLA: *La extinción del contrato de trabajo*, Madrid, 1960, pág. 41.

(72) DE LA VILLA, *ob. cit.*, pág. 47.

(73) A. GARCÍA, *ob. cit.*, págs. 583-84.

(74) CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral*, tomo III, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1958, págs. 148 y sigs.

del acreedor; que el deudor realice todo lo conducente a la ejecución de la prestación, y que el acreedor no acepte la prestación o, en general, no coopere al cumplimiento de la obligación sin justificación para ello. Y en nota a pie de página manifiesta (pág. 153) el autor a quien seguimos no ser necesaria para la mora del acreedor la culpa de éste, siguiendo la tesis de Pérez González y Alguer para quienes lo que constituye en mora al acreedor no es la culpa, sino su negativa sin razón. En cambio, para Puig Peña (75), el retraso culpable es requisito básico de la *mora accipiendi*, ya que dice «no hay mora sin culpabilidad». Y respecto de los efectos, Castán los resume diciendo que se fundan en el principio de que «el deudor no debe sufrir perjuicio por la mora del acreedor», mientras que para Puig Peña «el primer efecto de la *mora creditoris* es la pretensión a favor del deudor a la indemnización de daños y perjuicios por la negativa del acreedor a cooperar a su actividad de cumplimiento.

Finalmente, afinando el concepto de culpa por lo que el mismo pudiera tener de incidencia o repercusión sobre la *mora accipiendi*, la doctrina citada la entiende, en general, como una falta de diligencia o previsión.

Si trasladamos esta doctrina a la mora del empleador que despidió injustamente y que en cumplimiento de la sentencia que así lo declaró debe cargar con todas las consecuencias, comprobaremos que efectivamente existe un retardo más que un incumplimiento total, pues es de esperar que el empleador cumpla el fallo de la sentencia y en algún momento se reanude la relación tal como se ordena en el vigente sistema español o que el órgano jurisdiccional declare resuelto definitivamente el contrato de trabajo tal y como acontecía en el anterior sistema tras la decisión última en el incidente de no readmisión, lo que supone para el acreedor la liberación de su situación morosa. Que quien incide en la mora es el empleador es algo sobre lo que no cabe la menor duda, tanto legalmente, como se desprende de la conexión de los artículos 1.º, 4.º, 5.º, 47 y 75 de la LCT, como doctrinalmente, entendiéndosele como acreedor de trabajo y deudor de salario en correspondencia con el trabajador, deudor de trabajo y acreedor de salario (76), pues si empresario es «toda persona natural o jurídica por cuenta de la cual y bajo cuya dependencia se presta un servicio, y que por ello queda obligada a remunerarlo», es claro que si a tenor del artículo 47 de la LCT el trabajador no puede prestar sus servicios por cualquier circunstancia imputable a aquél, quien incurre en mora es el empleador.

(75) *Tratado de Derecho civil español*, tomo IV, vol. I, Madrid, 1951, págs. 222 y siguientes.

(76) Especialmente A. GARCÍA, *ob. cit.*, págs. 335 y sigs.

De la misma forma resulta indiscutible, en el caso objeto de nuestro estudio, la clara aplicación de los requisitos de la *mora accipiendi* a la mora del acreedor de trabajo: ser preciso su concurso para el cumplimiento de la obligación del deudor (trabajador) y que éste, despedido, nada puede hacer para cumplir su prestación sino dirigirse al órgano jurisdiccional, pues, como escribe Rodríguez Sañudo (77): «para que el trabajador pueda cumplir su prestación necesita contar normalmente con la colaboración del empresario»; estamos en presencia de un supuesto en que la «no prestación efectiva de la obligación principal del trabajador puede venir determinada por la falta de cooperación del empresario». Por lo demás, poco importa si el retraso ha de ser o no culpable, pues en el caso concreto que examinamos, y por imperativo legal, a quien únicamente se imputan las consecuencias del despido es al empleador. Se trata, pues, de una especie de imputabilidad legal y todo ello con independencia de que objetivamente el empleador deba «prevenir las consecuencias previsibles» o falte a la «diligencia y previsión» al proceder a despedir.

Pero el punto más importante, sin duda, de la mora del acreedor de trabajo es el relativo a sus efectos. Su fundamento jurídico positivo es encuentra en el artículo 47 de la LCT. Cuando el empleador incurre en ella, como incurre al despedir, y una sentencia constitutiva le revoca retroactivamente dicho hecho o decisión, las consecuencias no pueden hacerse esperar: «el deudor trabajador no debe sufrir perjuicio por la mora del acreedor» o «éste conservará el derecho a su salario» (art. 47 de la LCT). Así, dicen Hueck y Nipperdey (78), «la consecuencia de la mora es que el trabajador puede exigir la remuneración acordada a pesar de la falta de prestación del trabajo, sin que venga obligado a la posterior prestación del mismo». Y más adelante, «el empleador no ha recibido en realidad la prestación de trabajo, pero de ello no obtiene el trabajador ninguna ventaja, y como la causa de la falta de prestación se basa en la mora del empleador, es justo y responde a los principios de fidelidad y protección que informan la relación de trabajo que el empleador se haga cargo del daño».

De igual manera en la doctrina española. Así, Hinojosa Ferrer (79) al comentar los artículos 37 y 38 de la LCT de 1931, antecedentes del artículo 47, dice que «si una vez vigente el contrato... el patrono se retrasare en dar

(77) *Interrupciones de la actividad de la empresa y derecho al salario*, Sevilla, 1975, págs. 17 y 19.

(78) *Compendio de Derecho del trabajo*, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, pág. 135.

(79) *El contrato de trabajo*, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932, pág. 93.

trabajo al obrero o éste no pudiera comenzar por causa proveniente del patrono, conservará el obrero el derecho al salario, como si realmente hubiera realizado el trabajo», para añadir poco después: «Es de advertir que el derecho consignado del obrero al salario correspondiente al tiempo que dejó de trabajar por causa imputable al patrono, no puede ser satisfecho por éste dando un trabajo a realizar en tiempo distinto». Y más recientemente, Guilarte (80) aclara: «El derecho sanciona incluso la obligación, contra el patrono, de retribuir al trabajador por trabajos no prestados cuando, existente la obligación de dar trabajo, el patrono la ha incumplido.» Pues esta situación de mora del acreedor le hace asumir el *periculum obligationis* en las relaciones sinalagmáticas, soportando la traslación del riesgo y viéndose obligado a realizar la contraprestación convenida sin recibir nada a cambio (81).

En definitiva, y para concluir, la situación del empleador tras una sentencia de despido injustificado o nulo es una situación típica de *mora accipiendi* que al impedir al trabajador prestar sus servicios hace recaer sobre él la carga de abonarle los salarios, *rebus sic stantibus*, es decir, desde la fecha del despido hasta la readmisión.

IV

REGIMEN JURIDICO VIGENTE

1. *Introducción e influencias*

El régimen jurídico de los salarios de tramitación, tras la LRL, está contenido en los artículos aplicables de la LPL cuyos preceptos han sido modificados, o «acomodados», como dice la exposición de motivos, quizá para paliar la ilegalidad de la medida por el real decreto 1.925/76, de 16 de julio, y sobre los que se centra el análisis que sigue (81 bis).

Dispone el nuevo artículo 105 de la LPL: «En todos los casos en que se declare el despido improcedente o nulo se concederá, además, al trabajador una indemnización complementaria equivalente al importe del salario dejado de percibir desde que se produjo el despido hasta que la readmisión tuviera lugar. Cuando la sentencia no condene a la readmisión sino a compensación económica, la indemnización complementaria abarcará hasta la fecha

(80) *Manual de Derecho del trabajo*, Valladolid, 1960, pág. 93.

(81) RODRÍGUEZ SAÑUDO, *ob. cit.*, «passim».

de la sentencia de instancia. Si el trabajador hubiera sido suspendido de empleo y sueldo, el empresario será condenado además a abonarle todos los salarios dejados de percibir durante la suspensión.»

Y el artículo 103 de la LPL, para el supuesto de que la causa alegada por la empresa no merezca el despido, sino otra sanción menor, dispone que el magistrado determinará la sanción adecuada «sin perjuicio de condenar a la empresa a la readmisión y al pago de la indemnización complementaria, conforme se establece en los artículos 104 y 105 de esta ley».

Finalmente, y por la relación que con el tema objeto de nuestro estudio puede tener, hay que dejar constancia de que en el artículo 104 se establecen unos supuestos en que la readmisión forzosa en los despidos improcedentes puede ser sustituida por la indemnización en metálico, como excepción a la regla general de la imposibilidad de dicha sustitución.

Por lo demás, y de acuerdo con la LRL en la que no se aludía a los despidos nulos, la regulación vigente de esta clase de despidos no ha sufrido modificaciones sustanciales en los artículos reformados; y en lo referente a la materia en los supuestos de recursos, la misma vuelve a regularse en el artículo 227, éste sí modificado.

Desaparecida, pues, y recapitulando, la problemática de los salarios de tramitación en el incidente de no readmisión (por desaparición de éste), la legislación en vigor sobre la figura se contrae a su análisis en los diversos supuestos de despidos injustificados, a unas matizaciones obligadas de su regulación en los nulos y al examen del supuesto de recursos del artículo 227 de la LPL. Pero antes de pasar a comentar este nuevo régimen jurídico, entendemos conveniente hacer unas indicaciones de Derecho comparado, y concretamente del sistema implantado en Italia por la ley 300, de 20 de mayo de 1970, denominada Estatuto de los trabajadores. En efecto, el artículo 18 de dicha ley dispone, en lo que aquí nos interesa, que «el empleador que no cumpla la sentencia (de imposición de readmisión) será obligado, además, a pagar al trabajador las retribuciones debidas en virtud de la relación de trabajo desde la fecha de la sentencia hasta la de la readmisión». Y aunque a primera vista pudiera pensarse en una directa influencia del sistema italiano de 1970 en el actual español, sin embargo una lectura atenta del párrafo transcrito nos obliga a admitir que dicha influencia (si es que ha existido) ni ha sido directa ni ha sido verdaderamente importante. Al contrario, sostenemos que lo que parece haberse tenido en cuenta son otros antecedentes patrios, especialmente la regulación corporativa y, de forma inmediata, la de los despidos nulos, en un intento casi plenamente logrado de hacer coincidir con los efectos de los nulos los de los despidos injustificados.

Porque, si bien se mira, en la legislación italiana se señala un *dies a quo*

para el pago de los salarios verdaderamente desconcertante: el de la fecha de la sentencia, y que es sin duda una diferencia tan sustancial con el sistema español como suficiente para rechazar la idea de una inspiración italiana. Y ni que decir tiene que basta este rasgo para calificar como muy técnicamente superior el régimen jurídico español de los salarios de tramitación sobre su homónimo italiano, independientemente de que en el sistema español se hace condena expresa de salarios de tramitación aun cuando la sentencia de readmisión se cumpla. De ahí que la propia doctrina italiana haya puesto de manifiesto semejante incorrección técnica: «el estatuto representa un paso atrás respecto a la ley núm. 604 (de 1966)» (82). El arbitrario *dies a quo* elegido no sólo desconoce la verdadera naturaleza jurídica de los salarios de tramitación, sino también «que en la estrategia de la prevención de los despidos injustificados, la primera fase, precisamente porque su duración es imprevisible, despliega un papel crucial». Y pese a que hubo intentos de corregir el texto, como recuerda Mancini en la obra citada, no prosperaron y, en definitiva, la redacción aprobada ha desconcertado a la doctrina, como reconoce dicho autor.

Por lo demás, y aunque la doctrina italiana no parte de la base de la naturaleza constitutiva de la sentencia para explicar la figura, reconoce, en cambio, la colocación en mora del empleador, y por ello «está obligado a satisfacer el lucro cesante integral» (83), y que la atribución perteneciente al prestador de trabajo «tiene carácter resarcitorio» aunque coincida con la medida del salario debido. ¿Qué dificultad hay, entonces, para afirmar que se trata pura y simplemente de salario? Y por supuesto, en Derecho español del trabajo aquello que es debido al trabajador por mora imputable al empresario y cuyo derecho conserva se denomina salario, salario y no lucro cesante integral (art. 47 de la LCT).

También en Francia parece abrirse camino la tesis de que lo debido al trabajador por la colocación en mora del empleador como consecuencia de un despido nulo o injustificado durante el tiempo que dicho trabajador ha permanecido fuera de la empresa sin que el contrato de trabajo hubiera terminado no es una indemnización de daños y perjuicios, sino salarios. A tal respecto, y comentando una sentencia del Tribunal Douai de 18 de noviembre de 1964, J. Savatier ha escrito: «Le contrat de travail fait naître, à la charge de l'employeur, une double obligation: une obligation de faire portant

(82) Véase en la obra colectiva *Statuto dei diritti dei lavoratori*, de ROMAGNOLI, MONTUSCHI, GHEZZI y MANCINI, Bolonia-Roma, 1972, el comentario al artículo 18 del Estatuto por MANCINI, págs. 243 y sis. La cita corresponde a la pág. 267.

(83) *Statuto...*, cit., pág. 269.

sur la fourniture d'un travail, et une obligation de somme d'argent, portant sur le paiement du salaire; le salarié ne peut contraindre directement l'employeur à l'exécution de la première de ces obligations, qui se résoud en dommages-interets en cas d'inexécution. Mais rien ne l'empêche d'obtenir une condamnation directe de l'employeur au paiement du salaire. Il suffit qu'il ait de son coté exécuté ses propres obligations, c'est-à-dire qu'il soit resté à la disposition de l'employeur» (84). Y aunque los tribunales no comparten esta opinión, la ley de 30 de diciembre de 1966 sobre garantía de empleo en caso de maternidad, ha introducido una excepción a la regla jurisprudencial. Dicha ley prohíbe el despido durante el embarazo, y si aquél se produce, es nulo, siendo la consecuencia la de que «l'employeur est tenu de verser le montant du salaire qui aurait été perçu pendant le période couverte par la nullité». Esta ley, a juicio de Panayotopoulos, podría dar ocasión a la jurisprudencia de extender dicha sanción a otros supuestos de nulidad de despido.

2. *En los despidos injustificados*

En relación con los despidos injustificados o improcedentes, y de acuerdo con la normativa vigente antes señalada, se debe el pago de salarios de tramitación en los siguientes supuestos: *a)* en los de condena a la empresa a la readmisión del trabajador, sin sanción alguna para éste, así como cuando las partes, en acuerdo posterior a la sentencia de readmisión, sustituyen ésta por una indemnización en metálico; *b)* cuando la infracción cometida no merezca el despido, pero sí otra sanción menor, y *c)* cuando la readmisión sea sustituida por una indemnización en metálico en la propia sentencia.

A) No cabe duda que el primero de los supuestos distinguidos es el que podríamos llamar normal, y sobre todo el de mejor y más conforme regulación con la naturaleza jurídica del instituto. Es en el régimen jurídico de este supuesto, y especialmente en su primera parte, donde pueden apreciarse las notables semejanzas, la práctica identidad de régimen jurídico existente con el ya examinado en los despidos nulos, y en consecuencia poder extraerse todas las deducciones que páginas atrás hacíamos, y en concreto la referente a la idéntica naturaleza de la figura en ambos tipos de despidos. Configuran a este supuesto las siguientes características.

En primer lugar, hay que destacar el mayor tecnicismo y rigor con el que el nuevo artículo 105 de la LPL está redactado respecto del antiguo artículo 117 de la LPL que regulaba la materia de los despidos nulos. Si

(84) PANAYOTOPOULOS, *ob. cit.*, págs. 242-43.

en éste se decía: «salarios correspondientes a los días que medien...», en el actual artículo 105 se dispone: «...importe del salario dejado de percibir...». Y el contraste resalta de forma particularmente extrema si se compara esta regulación con la contenida en el derogado artículo 104 de la LPL: «importe de los jornales que hubiera devengado...», que, examinado a la luz de la vigente legislación, resulta notablemente arcaico e insatisfactorio. La diferencia terminológica no es baladí, pues, a nuestro juicio, en la nueva redacción hay un patente reconocimiento de la situación de mora en que se encuentra el empleador. No otra cosa si no esa parece indicar la expresión «salario dejado de percibir».

En segundo lugar, y pese a la redacción del artículo 35, uno, de la LRL, que podía hacer concebir la esperanza de su erradicación, vuelve a aparecer la expresión «indemnización complementaria», aplicada ahora incluso a los despidos nulos, con la que se había venido conociendo el importe de los salarios debidos por esta situación en los despidos improcedentes desde que se introdujera en 1956, lo que implica que continúa desconociéndose la auténtica naturaleza de la figura y que, en definitiva, los hallazgos felices que podamos encontrar son puramente casuales.

En tercer lugar, la atinada fijación del *dies a quo* en la fecha del despido y la del *dies ad quem* en la de la readmisión, merece también ser elogiosamente destacada. Las dos consecuencias que esta acertada fijación de términos implica son fáciles de extraer. Por un lado, y como hemos señalado ya en otras ocasiones, la superfluidad parcial del artículo 227 de la LPL al estar parcialmente subsumido en supuesto contemplado en este artículo en la expresión «hasta que la readmisión tuviera lugar», frase que, además, al independizarlos de la firmeza de la sentencia elimina posibles dudas interpretativas, como hemos visto ocurría con anterioridad. Y de otro, semejante regulación lleva implícito el reconocimiento de la no tasación de su cuantía, de su ilimitación e indefinición temporal, como exige la propia naturaleza de la mora, durante cuya situación el propio trabajador no debe sufrir perjuicio alguno.

Finalmente, cabe considerar también en este supuesto o apartado, como hemos hecho, el contemplado en el artículo 104, *in fine*, párrafo segundo de la LPL, que autoriza la sustitución de la readmisión por una indemnización en metálico mediante acuerdo que, dentro de los límites establecidos en el artículo 35, cuatro, de la LRL, deberá hacerse constar por escrito o comparecencia en la propia Magistratura (art. 213 de la LPL). Para este caso pensamos que el *dies ad quem* del pago de los salarios de tramitación debe fijarse en el acuerdo voluntario de las partes, momento hasta el que la condena a la readmisión estuvo vigente. Creemos que la facultad de sustitución

concedida a las partes no puede ser interpretada de otra manera, a diferencia de lo que ocurre con el supuesto del párrafo tercero del artículo 104 de la LPL en que la condena no es a la readmisión, sino a mera indemnización en metálico, mientras que aquí sí ha habido condena a la readmisión. Y es de destacar que pese al comienzo de este segundo párrafo del artículo 104 de la LPL en que se hace referencia a los despidos improcedentes y nulos, no creemos, de ninguna manera, que en caso de los despidos nulos pueda sustituirse la readmisión por una indemnización en metálico, y menos por acuerdo de las partes.

Por lo demás, y éste es un punto aplicable a los tres supuestos que hemos señalado, el silencio legal sobre si procede o no el descuento de lo obtenido por el trabajador en otros empleos durante su situación de despido, entendemos que debe ser resuelto afirmativamente de acuerdo con la línea doctrinal y jurisprudencial ya expuesta y que no hay razón alguna para que varíe.

A la vista de las consideraciones que anteceden se puede concluir, y esto es algo que nos interesa muy mucho dejar sentado, en la casi absoluta coincidencia de las líneas maestras reguladoras de la figura y en los principios informadores tanto en lo que se refiere a los despidos injustificados o improcedentes como en lo que hace a los nulos, si se exceptúa la posibilidad de las sustituciones en metálico que en éstos no cabe, confirmándonos así en lo que antes decíamos sobre la una y misma naturaleza de la institución en ambos tipos de despidos y especialmente en un sistema de predominio de la readmisión forzosa como es el actual español.

B) Para el segundo supuesto rigen en su totalidad las anteriores apreciaciones. Se trata del caso previsto en el nuevo artículo 103 de la LPL, que trae su causa del 35, dos, de la LRL, en el que aparecía la expresión indemnización complementaria —ignoramos por qué allí se utilizaba el plural—, a diferencia del artículo 35, uno de la misma ley, que fundamenta el anterior supuesto, pero que no debe ni puede, a estas alturas, conducirnos a error alguno, pues ni que decir tiene que también aquí se deberán los salarios dejados de percibir «desde que se produjo el despido hasta que la readmisión tenga lugar», que es, en definitiva, lo que caracteriza a la figura y lo que presta a la misma su perfil máximo y más auténtico.

C) Y, finalmente, en cuanto al tercer supuesto, aquí sí se introduce una variante. Variante que por su carácter excepcional no puede entenderse que desnaturalice a la figura. En efecto, el párrafo cuarto del artículo 35 de la LRL establecía que la readmisión podría ser sustituida, tras la sentencia que la imponga, por una indemnización en metálico, ora por acuerdo de las partes ora por el magistrado en la propia sentencia, materia que ha sido recogida

en el nuevo artículo 104 de la LPL. De esta forma se dispone una variación en cuanto a los supuestos anteriores por lo que se refiere al término final de los salarios a abonar por el empleador, viniendo dado el *dies ad quem* bien por el acuerdo voluntario de las partes, es decir, por la fecha de éste, como hemos dicho anteriormente al examinar este supuesto, bien por la fecha de la sentencia de instancia que resuelva dejar sin efecto la readmisión, tal y como dispone el nuevo artículo 105 de la LPL. Regulación esta última ciertamente discutible, pues parece dar a entender, relacionando este artículo con el también modificado 227 de la LPL, que contra la sentencia que condene a compensación económica o no cabe recurso o si cabe, durante su tramitación no procede el abono de salarios de tramitación; en cualquiera de ambos casos, y sea cual fuere la solución que se adopte, esta regulación resulta francamente criticable.

3. *En los despidos nulos*

Por lo que respecta a los despidos nulos, y al no referirse a ellos la LRL, su regulación ha permanecido sustancialmente inalterada en la nueva redacción dada a determinados artículos de la LPL por el real decreto de 16 de julio de 1976, remitiéndonos, en consecuencia, a la caracterización que de esta clase de despidos hicimos en el apartado II de este trabajo. Sin embargo, la regulación conjunta de despidos nulos e improcedentes hace necesario destacar ciertas matizaciones en la nueva regulación.

Así, en primer lugar, es de destacar la vuelta al sistema de expediente previo para toda clase de despido, lo que para los llamados despidos comunes había sido suprimido por el decreto de 1956, y que supone un reforzamiento formal de los mismos. En segundo lugar, y pese a la confusión a que puede dar lugar la defectuosa redacción del final del párrafo segundo del artículo 104 de la LPL, mantenemos que en los despidos nulos no hay posibilidad alguna de sustitución de la readmisión por la indemnización en metálico ni por acuerdo de las partes ni por decisión del magistrado en la sentencia, como se encarga de aclarar el párrafo tercero del citado artículo 104 que se refiere exclusivamente al «supuesto de despido improcedente». En tercer lugar, la aplicación de la expresión indemnización complementaria a los salarios de tramitación debidos por despidos nulos ha supuesto un retroceso, aunque sea puramente nominal, respecto de la regulación contenida en los artículos derogados en los que dicha expresión no era utilizada al ordenar la figura de los despidos nulos. Y, finalmente, al igual que ocurría antes de las modificaciones operadas por el real decreto citado, la nulidad

puede abarcar un triple frente: a los despidos comunes (art. 102), a los especiales (art. 113 en relación con el 107) y a los fundados en causas tecnológicas o económicas (art. 117).

Por último, es preciso dejar reseñado que permanece vigente el peculiar régimen aplicable a los representantes de comercio al que ya nos hemos referido en el apartado II de este trabajo, en virtud de la disposición transitoria primera de la LRL. Ello implica, de un lado, que estos trabajadores están exceptuados de la readmisión forzosa y de los salarios de tramitación en los despidos injustificados, permaneciendo para ellos vigente el régimen derogado, y de otro, que, en cambio, cuando el despido sea declarado nulo procederá la readmisión y el abono de los salarios de tramitación en los términos ya conocidos.

4. *El supuesto de recursos (art. 227 de la LPL)*

El último de los supuestos a que la regulación vigente se contrae es el que venimos llamando supuesto de recursos y que contempla el artículo 227 de la LPL. Dispone dicho artículo, modificado por el real decreto de 16 de julio de 1976: «En los juicios en que se ejerciten acciones derivadas de despido, cuando la sentencia de la Magistratura condene a la readmisión y el empresario interpusiera algunos de los recursos autorizados por la ley, éste vendrá obligado, mientras dure la tramitación del recurso, a satisfacer al recurrido la misma retribución que viniere percibiendo con anterioridad al hecho del despido, y continuará el trabajador prestando sus servicios, a menos que el empresario prefiera hacer el abono aludido sin compensación alguna.» Y el artículo 228 da instrucciones para la efectividad de lo anterior.

Pese a que, como hemos reiterado con anterioridad, la procedencia de los salarios de tramitación hasta la fecha de la readmisión implica el abono de los mismos durante los recursos, lo que hace superflua la primera parte del artículo que comentamos, creemos, sin embargo, que las razones para mantenerlo se encuentran en la novedad que supone el último párrafo al imponer al trabajador la obligación de continuar prestando sus servicios mientras dure la tramitación del recurso, la mayoría de las veces un largo período de tiempo que haría excesivamente onerosa la carga del empresario, pese a exigirlo así la propia situación de mora en que el empleador se encuentra. Sin embargo, razones de equidad, es justo reconocerlo, imponen la quiebra de la dureza máxima de aquel principio. En definitiva, pues, si plenamente aplicable cuando la duración de los salarios de tramitación era tasada, no lo es tanto hoy en que la ilimitación temporal es uno de los principios informado-

res del instituto. Como ya sabemos, dicho artículo procede del artículo 2.º de la ley de 10 de noviembre de 1942, del que ha sido prácticamente transcripción literal y que ha pasado a las sucesivas versiones de la LPL, hasta su reciente modificación. Es con esta ley de 1942 con la que se implanta el supuesto que contemplamos por vez primera en nuestra legislación social. Pero dicha ley no concretó la regulación procesal que creaba, originando una laguna que no se llenará hasta la LPL de 1958.

Parece haberse aceptado para este caso, sin especial discrepancia, la denominación de «ejecución provisional» dentro de cuyo marco sistemático se encuadra la figura de la LPL (85). Sin embargo, para nosotros no se trata de un supuesto de ejecución provisional, sino pura y simplemente de un supuesto de pago de salarios debidos por la situación de despido injustificado o nulo en que se encuentra el trabajador, acorde con la naturaleza jurídica de la figura que hemos expuesto en el apartado anterior.

Y para el caso de que no sea la sentencia de instancia la que declare injustificado o nulo el despido, sino la del tribunal superior, de acuerdo con nuestra tesis, la solución es la misma, ya que la colocación en mora del empleador tanto puede derivarse de la sentencia de instancia como de la del tribunal *ad quem*. No obstante, es preciso reconocer que, sin duda por la especial redacción de este artículo al facultar al empresario a usar de los servicios del trabajador, salvo preferencia en contrario, es la que explica la quiebra de los efectos retroactivos de la sentencia constitutiva cuando la de instancia es revocada por un tribunal superior y, sin embargo, la jurisprudencia condena igualmente al abono de los salarios durante el recurso, pues si según nuestra tesis no deberían en tal supuesto abonarse, téngase en cuenta la facultad concedida al empresario y, sobre todo, que se trata de una situación consumada de imposible o muy difícil subsanación. Y en última instancia es un imperativo legal que es obligado acatar por haberse ejercitado «acciones derivadas de despido».

Para la doctrina la finalidad del precepto es garantizar los derechos del trabajador favorecido por una declaración de despido evitando los perjuicios que el uso abusivo de recursos por parte de las empresas pudieran acarrear al trabajador obligándole a aceptar componendas perjudiciales y renunciando a lo obtenido en la sentencia (86).

La más importante de las cuestiones que al hilo de la jurisprudencia interesa dilucidar al analizar el supuesto contemplado en el artículo 227 de

(85) Así, HINOJOSA: «La ejecución provisional de la sentencia de la Magistratura del Trabajo», en *Revista de Derecho Privado*, 1943.

(86) JIMÉNEZ: *Comentarios...*, cit., pág. 389, vol. II, y A. OLEA: *Derecho del trabajo*, cit., pág. 253.

la LPL es, sin duda alguna, la de la posibilidad de descuento y su procedencia cuando el trabajador, mientras dura la tramitación del recurso, trabaje en otra empresa. Como ha quedado dicho, no puede aceptarse la posibilidad de dicho descuento, sin discriminación, a diferencia de lo que ocurría con el derogado artículo 104 de la LPL. En efecto, al analizar el artículo 227 es preciso distinguir entre los casos en que el trabajador se ha puesto a disposición del empresario para que éste pueda usar de sus servicios y aquellos otros en que así no suceda. En el primer caso, si el trabajador se ha puesto a disposición del empresario y éste rechaza los servicios del mismo es indiscutible, a nuestro juicio, la procedencia del abono de los salarios de tramitación incluso cuando el trabajador, tras esa negativa, haya trabajado en otra empresa, sin posibilidad alguna de descuento por ese concepto. Por eso estamos plenamente de acuerdo con el profesor Alonso Olea (87) cuando estimaba ajustada la doctrina de que los salarios no se deben si el trabajador no se pone a disposición del empresario y trabaja en otra empresa, pero que se deben «en todo caso si la puesta a disposición no va seguida de una aceptación». Y no sólo eso, sino que si se presenta y trabaja o no lo hace porque la empresa rechaza sus servicios, tiene derecho incluso a los aumentos de salarios (STCT, de 15-11-56). Si, por el contrario, no se presenta ni se pone a disposición del empresario y durante el tiempo de tramitación del recurso trabaja en otra empresa, es igualmente indiscutible la procedencia del descuento, «ya que no es justo que se grave la situación del recurrente prolongando su obligación del pago de salarios por tiempo mayor que el que el espíritu de la ley pretende atender» (STS: 27-6-51; en el mismo sentido, las de 30-1-63 y 20-3-63). Y que es sobre el trabajador sobre quien recae la carga de ofrecerse al empleador es doctrina ya vieja: «Ha de estimarse condición indispensable que el trabajador se presente con aquel propósito en el lugar donde venía realizando los servicios de referencia (STCT: 10-3-56), y más modernamente la del TS de 8-10-71 (Ar. 4.223): «Es lo cierto que la regulación por el legislador de la que titula ejecución provisional en los despidos, contenida en la sección que integra el artículo supuestamente interpretado con error y el 228 inmediato, presupone para su funcionamiento el que efectúe aquella presentación el trabajador, que es a quien la ley reconoce facultad de promover un especial procedimiento para hacer efectivo su derecho en relación con el empresario, colocado en posición pasiva.»

Respecto al caso adelantado de que la sentencia de instancia sea revocada por otra de un Tribunal Superior, la jurisprudencia reconoce el derecho a los salarios de tramitación, pues «el único derecho de la empresa, en relación con

(87) *Derecho del trabajo*, cit., págs. 253-54.

la obligación de satisfacer al recurrido la misma retribución, no era otro que el recíproco de haber utilizado los servicios del trabajador en aquel tiempo» (STCT: 25-10-51), por lo que si no los utilizó es claro su deber de abonar los salarios. La misma solución para el supuesto de que la sentencia de instancia no haya reconocido la nulidad y sí la del Tribunal Superior (STS: 15-2-72).

Por último, es preciso destacar que la nueva redacción dada al artículo 227 ha aclarado definitivamente la aplicabilidad del mismo a los despidos nulos al referirse, sin especificar, a las acciones «derivadas de despido», aunque ya en la redacción anterior la doctrina se había decidido por la lógica solución ahora adoptada (88).

Pero lo que más sorprende en este nuevo artículo 227 es que a diferencia de lo que ocurría con el derogado en que era aplicable siempre «cuando la sentencia de la Magistratura fuera favorable al trabajador», la restricción de lo favorable al trabajador a solo «cuando la sentencia de la Magistratura condene a la readmisión», lo que deja fuera del campo de acción de este artículo el supuesto de condena a compensación económica. Restricción a todas luces censurable.

Para concluir, aludir a las extrañas consideraciones que hace Sagardoy al comentar este artículo en libro citado (89) y que sencillamente nos resultan incomprensibles, por lo que es imposible cualquier análisis sobre las mismas (90).

Y aunque en la mayoría de los manuales y trabajos doctrinales suelen darse las definiciones al comenzar a tratar lo definido, nosotros lo hacemos ahora, como coronamiento de nuestro trabajo, conceptuando a los salarios de tramitación como «aquellos salarios que el empleador, en virtud de su colocación en mora por la sentencia constitutiva de un despido injustificado o nulo, debe abonar al trabajador mientras dure la situación de despido de éste o cese la situación de mora imputable a aquel». Definición que no precisa ahora de glosa por haberlo sido ya, creemos, suficientemente a lo largo de las páginas que anteceden.

MANUEL LAVADO MOLINA

(88) Así, ALONSO OLEA, *ob. cit.*, pág. 254, y JIMÉNEZ, *ob. cit.*, pág. 395.

(89) *El despido laboral y los expedientes de crisis*, cit., págs. 141 y sigs.

(90) Las referencias jurisprudenciales contenidas en este trabajo y que no van acompañadas del número correspondiente del repertorio de Aranzadi se han extraído o de la bibliografía consultada, o de la revista *Jurisprudencia Social*, o de la colección *Lex Nova*, o de la obra *El TCT y su doctrina*, de CORNIERO y ALVAREZ DE MIRANDA, Barcelona, 1959.