

TRIPALIUM

Justicia Social y Trabajo Decente

ISSN 2730-5163

VOL. III, NUM. 3 – 2021 | www.tripaliumsite.wordpress.com | @tripaliumsite

Contenido

La suspensión perfecta de labores como respuesta a la crisis económica empresarial producto de la pandemia. El caso peruano y la necesidad de acciones que contribuyan con su eliminación progresiva	
Fernando Varela Bohórquez.....	4
Salarios de tramitación y derecho a vacaciones: Una cuestión polémica	
Jaume Jesús Barcons Casas.....	25
Ideas para la reconstrucción histórica de la Inspección del Trabajo	
Jennifer Batista Torres.....	49
Las relaciones entre la OIT y España: Un recorrido a través de las distintas fases	
Miguel Ángel Garrido Palacios.....	75
Formación en competencias steam y brechas de género	
Nataly Rodríguez Bessio.....	86
JURISPRUDENCIA EUROPEA:	
La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre el carácter fraudulento del contrato de interinidad por vacante del personal laboral de la Administración Pública por duración excesivamente larga, a la luz de STJUE de 3 de junio de 2021	
Hilda Irene Arbonés Lapena.....	110
LEGISLACIÓN:	
Ley Nº 19.978 - Aprobación de normas para la promoción y regulación del teletrabajo (Uruguay).....	113

La responsabilidad de las opiniones expresadas en los artículos, estudios y otras colaboraciones firmados incumbe exclusivamente a sus autores, y su publicación no significa que la e-revista T R I P A L I U M las comparta.

Bienvenidos a e-revista T R I P A L I U M, una publicación digital cuatrimestral sobre temas de Derecho Laboral, Relaciones Laborales y Seguridad Social. En ella sus lectores encontrarán artículos de los más prestigiosos docentes y expertos sobre diversas materias relacionadas al mundo del trabajo.

A su vez, podrán acceder a una cuidadosa selección de informes nacionales e internacionales, comentarios y análisis de sentencias judiciales y administrativas, de sumo interés para los laboristas, así como también, consultar las últimas novedades normativas.

La e-revista T R I P A L I U M pretende ser una voz más en el universo del laborismo, con el propósito de contribuir de esta forma, mediante el estudio, la reflexión y la acción fecunda, a construir un mundo con más Justicia Social y más Trabajo Decente.

Gracias por acompañarnos.

“Nuestra vocación por el Derecho del Trabajo nace de lo más hondo de nuestras convicciones juslaboristas y busca en cada paso confrontar la utopía con la realidad para algún día poder alcanzarla”.

Directores: Dr. José A. Iglesias Cáceres / Dra. Nataly Rodríguez Bessio

Copyright © 2021 e-revista T R I P A L I U M

COMITÉ CIENTÍFICO

Henar Álvarez Cuesta (España)
Hilda I. Arbonés Lapena (España)
Pepa Burriel Rodríguez (España)
Juan Ignacio Caminos (Argentina)
Oriol Cremades Chueca (España)
Erika Díaz Muñoz (Chile)
Daniela García Martínez (Uruguay)
Reynaldo Lam Peña (Cuba)
David Lantarón Barquín (España)
María Gema Quintero Lima (España)
Ana Ribeiro Costa (Portugal)
Andrea Rodríguez Yabén (Uruguay)
Jimena Ruy-López (Uruguay)
Alicia Villalba Sánchez (España)
Marcel Zernikow (Francia)

SALARIOS DE TRAMITACIÓN Y DERECHO A VACACIONES: UNA CUESTIÓN POLÉMICA

JAUME JESÚS BARCONS CASAS⁵

Sumario:

1. Introducción
2. Los despidos disciplinarios en el ordenamiento jurídico español.
 - 2.1. El Despido disciplinario.
 - 2.1.1. El despido como poder empresarial.
 - 2.1.2. Efectos de la calificación del despido.
3. Los efectos de la readmisión en los despidos improcedentes y nulos.
 - 3.1. La readmisión.
 - 3.2. Los salarios de tramitación.
 - 3.2.1. Cuantía de los salarios de tramitación.
 - 3.2.2. Extensión temporal.
 - 3.2.3. Naturaleza de los salarios de tramitación.
4. Los salarios de tramitación y el derecho a vacaciones.
 - 4.1. Concepto del derecho a vacaciones.
 - 4.2. Readmisión del trabajador, salarios de trámite y derecho a vacaciones.
5. Conclusiones.
- 6.- Abreviaturas.
- 7.- Bibliografía, Legislación y jurisprudencia.

⁵ Abogado y Gestor Administrativo, Doctorando en Derecho del Trabajo en la Universidad Europea IMF de Andorra y profesor de Derecho Laboral en el Master de Gestión Administrativa de la UAO-CEU. E-mail jaume@gestoriabarcons.es

1. INTRODUCCIÓN

El Ordenamiento Jurídico Laboral Español, al analizar el despido indica que su calificación puede ser la de procedente, improcedente o nulo a tenor del art. 55 del Estatuto de los Trabajadores (En adelante ET)⁶.

En los despidos improcedentes la empresa dispone de un plazo de 5 días, para optar entre readmitir al trabajador o indemnizarlo extinguiendo con ello su contrato de trabajo en los términos establecidos legalmente⁷.

Si el despido es declarado nulo, el empresario está obligado a readmitir inmediatamente al trabajador.

La readmisión genera los denominados salarios de tramitación⁸.

El objeto del presente trabajo es estudiar los efectos que produce la readmisión tras un despido, improcedente o nulo, y si aunque se abonen los salarios de trámite, período en el que el trabajador no presta servicios, se genera o no un derecho a vacaciones retribuidas.

⁶ Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, consultado el 10 de julio de 2021 en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>

⁷ De acuerdo al art. 56.1 ET a partir del 12 de febrero de 2012, la indemnización por despido improcedente será de 33 días por año de Servicio con un tope de 24 mensualidades. Para el cálculo de indemnizaciones por despido el Consejo General del Poder Judicial ha creado una aplicación en <https://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Servicios/Utilidades/Calculo-de-indemnizaciones-por-extincion-de-contrato-de-trabajo> donde se pueden obtener fácilmente dichos cálculos.

⁸ Equivalen a una cantidad igual a la suma dejada de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que declare la improcedencia o nulidad de la extinción

Es una cuestión polémica, recientemente resuelta por nuestro Tribunal Supremo (En adelante TS), en el que no toda la doctrina está de acuerdo, atendiendo a la diferente conceptualización y definición de los salarios de tramitación.

2. LOS DESPIDOS DISCIPLINARIOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

En este apartado expondremos brevemente el concepto de despido y su consideración doctrinal en nuestro ordenamiento jurídico, sin entrar a analizar exhaustivamente sus causas.

2.1. El Despido Disciplinario

El art. 58 ET dice que el empleador podrá sancionar a sus trabajadores ante el incumplimiento de sus obligaciones laborales atendiendo a un criterio de proporcionalidad y graduación de las faltas según lo dispuesto en el ET y los convenios colectivos⁹.

El art. 54 del ET nos relaciona las causas que permiten al empresario extinguir el contrato de trabajo, concretamente:

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

⁹ STS de 19 de julio de 2010, Rec. 2643/2009.

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

Como dice FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ¹⁰ el sistema de relaciones laborales español configura el despido disciplinario como un acto causal, por el que el empresario pone fin a la relación laboral sancionando los incumplimientos graves y culpables cometidos por el trabajador. Así las cosas, el despido puede analizarse como una forma de extinción de la relación jurídica¹¹ en cuyo caso se tratará en la parte del derecho individual relativa a la terminación del contrato, o como un poder del empresario¹² ubicándose junto a las demás sanciones disciplinarias.

2.1.1.- El despido como poder empresarial.

Para ALONSO OLEA¹³ el despido disciplinario debería formar parte de una especie de derecho disciplinario, que abordaría, los problemas de:

- a) Cómo y por qué se justifica ese poder empresarial.
- b) Por qué el trabajador está sometido a él
- c) Cómo se ejercita y cuáles son los actos y conductas que dan lugar a ese ejercicio.

¹⁰ FERNÁNDEZ DOMINGUEZ, JJ (2018), *Tratado del Despido*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, p.69

¹¹ DESDENTADO BONETE A. Y DE LA PUEBLA PINILLA, A. (2002) *Despido y Jurisprudencia: La Extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina*, Ed. Lex Nova, Madrid, p. 23

¹² SEMPERE NAVARRO, A.V (2009), *El Despido*, Ed. Aranzadi, Pamplona, p. 97

¹³ ALONSO OLEA, M. (1957), *El Despido*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 106 y 107

La facultad de despedir del empresario deriva de un incumplimiento grave y culpable del trabajador, que debe valorarse con criterios de proporcionalidad y atendiendo al plazo de prescripción de las faltas laborales.

El art. 38 de la Constitución Española¹⁴ (En adelante CE) reconoce el principio de libertad de empresa, con el límite de los derechos fundamentales del trabajador y su dignidad; para SAGARDOY¹⁵ el legislador debe llevar a cabo la concordancia práctica entre los derechos del trabajador y el empresario, con el fin que la protección contra el despido no se traduzca en una restricción irrazonable de la libertad de empresa.

Así el despido disciplinario supone la extinción de la relación laboral de forma unilateral, sin mediar consentimiento del trabajador¹⁶. Para algunos el art. 54 ET otorga el derecho a la defensa de un interés propio y de índole privada, siendo como un negocio jurídico unilateral¹⁷, que produce sus efectos en el plano sustancial, al extinguir la relación laboral, sin ser necesaria la intervención previa del Juez¹⁸, con independencia que el despido sea

¹⁴ BOE núm. 311 de 29 de diciembre de 1978, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>, consultado el 16 de julio de 2021.

¹⁵ SAGARDOY BEGOECHEA, J.A y GIL GIL, JL (2003), *Los derechos constitucionales del empresario*, en SEMPRE NAVARRO, A. (Dir.) y MARTIN JIMÉNEZ, R. (Coord.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, p. 374 y ss.

¹⁶ GALGANO, F. (1990), *Diritto civile e commerciale. Volume primo. Le categorie generali. Le persone. La proprietà*, Ed. Cedam, Padova, pp.28 y 29

¹⁷ MONTOYA MELGAR, A. (1992), *El despido improcedente y sus efectos*, en AA.VV, *Estudios sobre el despido disciplinario*, 2ª Ed. Ed. ACARL, Madrid, p. 515

¹⁸ Para otro sector de la doctrina la analogía se produce con los actos administrativos, comparando el poder disciplinario del empresario con la autotutela de la administración, pero más que nada para indicar que hay problemas comunes en ambos ordenamientos a los que se debe enfrentar el jurista con los instrumentos técnicos, tales como, la arbitrariedad, la buena fe, el exceso de poder, etc. SEMPERE NAVARRO, A.V (2009), *El Despido*, op cit. p. 122

legítimo, o adolezca de algún defecto que pueda determinar, en caso de impugnación, la declaración de improcedencia o nulidad¹⁹.

2.1.2. Efectos de la calificación del despido.

El art. 55.3 ET²⁰ nos dice que el despido se calificará como:

- a) Procedente
- b) Improcedente
- c) Nulo.

a) Despido procedente

El despido será procedente²¹ si se acredita el incumplimiento grave y culpable alegado por el empresario en la carta.

En estos casos y de acuerdo al art. 55.7 ET se considera que el despido es válido, y no genera derecho a indemnización o a salarios de tramitación a favor del trabajador²².

b) Despido improcedente.

¹⁹ STS de 25 de febrero de 1985 (RJ 1985/717), STS de 20 de febrero de 1991 (RJ 1991/1274), STC 21/1982 de 12 de mayo /RTC 1982/21).

²⁰ Ello se relaciona con el art. 108.1, de la Ley 36/2011 de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, (En adelante LRJS) que nos dice que en el fallo de la sentencia, el Juez calificará el despido como procedente, improcedente o nulo. BOE núm. 245 de 11 de octubre de 2011, consultado el 17 de julio de 2021 en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-15936>

²¹ Art. 55.4 ET

²² En los mismos términos los arts. 108.1 y 109 LRJS.

El art. 56. ET dice que si el despido es declarado improcedente, el empresario debe optar entre readmitir al trabajador o abonarle la indemnización²³ legalmente establecida²⁴.

El empresario tendrá un plazo de 5 días desde la notificación de la sentencia para ejercitar la opción²⁵

c) El despido nulo.

El art. 55.5 ET expone los supuestos de nulidad del despido²⁶, en los que en base al art. 55.6 ET debe procederse a la readmisión inmediata del trabajador con el abono de los salarios de tramitación dejados de percibir²⁷.

²³ 33 días de salario, por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, y con un máximo de 24 mensualidades.

Los contratos formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012 la indemnización se calculará en base a 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, y en base a 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior a 12 de febrero de 2012, prorrateándose también por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con el límite de 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el período anterior a dicha fecha resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo con el límite de 42 mensualidades tal y como establece la Disp. Transitoria 11ª ET.

²⁴ En el mismo sentido art. 110.1 LRJS.

²⁵ El art. 110.3 LRJS nos indica que el empresario mediante escrito o comparecencia ante el Juzgado debe indicar si readmite o indemniza al trabajador. En caso que no realice opción alguna, se entiendo que ha optado por la readmisión, de acuerdo al art. 56.3 ET.

²⁶ Este artículo recoge supuestos de nulidad del despido derivados de la suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda legal, riesgo durante el embarazo, embarazo, reducciones de jornada o excedencias por cuidado de un menor, víctimas de violencia de género, cuestiones discriminatorias o lesivas de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador (Ej. razón de raza, sexo o religión). En general se trata de casos en los que se han vulnerado los derechos fundamentales.

²⁷ En los mismos términos los arts. 108.2 y 113 LRJS.

3. LOS EFECTOS DE LA READMISIÓN EN LOS DESPIDOS IMPROCEDENTES Y NULOS.

Antes de entrar en el análisis de los efectos de los salarios de tramitación y el derecho a vacaciones, creemos necesario analizar brevemente los efectos de la readmisión del trabajador.

3.1. La Readmisión.

Si el empresario opta por la readmisión debe comunicar por escrito al trabajador la fecha de su reincorporación en los 10 días siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. La reincorporación del trabajador se hará en un plazo no inferior a 3 días desde la recepción del escrito²⁸ y deberá realizarse de forma regular, es decir, respetando las condiciones laborales que corresponderían al trabajador readmitido antes de ser improcedentemente despedido, junto con el derecho al cobro de los salarios de tramitación²⁹.

La finalidad de este plazo es conceder tiempo suficiente al trabajador para incorporarse de nuevo al trabajo, pudiendo dilatar esa incorporación durante un mínimo de 3 días, por razones de conveniencia o comodidad, por lo que la finalidad de esta norma es distinta de la que determina el establecimiento del plazo para readmitir del empresario, y no tiene el mismo tratamiento que el incumplimiento del plazo por parte del empresario, es decir, se pretende proteger el interés del trabajador y es de aplicación el art. 6.3 Código Civil (En adelante CC), por el que los actos contrarios a las normas imperativas son nulos de pleno derecho excepto que la Ley establezca un efecto distinto, cosa que aquí no sucede.

²⁸ Art. 278 LRJS.

²⁹ Art. 110.1 LRJS.

Si el despido se califica como nulo, la readmisión (Ex. art. 55.6 ET) es de carácter inmediato³⁰, pero el plazo inferior que se da al empresario para readmitir no afecta al plazo que el trabajador dispone para reincorporarse ya que no pudiendo ser objeto de sanción disciplinaria alguna³¹.

3.2. Los Salarios de tramitación.

Los salarios de tramitación compensan el lucro cesante, es decir, lo que el trabajador ha dejado de percibir desde la fecha del despido hasta la efectiva readmisión cuando la sentencia declare el despido improcedente o nulo, o hasta que el trabajador haya encontrado nuevo empleo, si fuera anterior a la sentencia.³²

Los salarios de tramitación únicamente se devengan en caso que se produzca la readmisión del trabajador pero no siempre ha sido así.³³

3.2.1. Cuantía de los Salarios de Tramitación.

³⁰ En el mismo sentido art. 113 LRJS.

³¹ STS 23-7-2008 (Rec. 3682/2007)

³² ESTEVA SEGARRA, A (2009), *Los Salarios de Tramitación*, Ed. Aranzadi, Pamplona, p.27

³³ La Ley 11/1994 de 19 de mayo que modificó el ET, BOE núm. 122 de 23 de mayo de 1994, consultada el 17 de julio de 2021 en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1994-11610> estableció que los salarios de trámite se limitaban hasta el momento en que el empresario reconoció la improcedencia del despido y depositaba el importe de la indemnización en el Juzgado de lo Social en el plazo de 48 horas. Posteriormente el Real Decreto-Ley 5/2002 de 24 de mayo procedió a casi suprimirlos cuando el despido se calificase como improcedente y el empresario no readmitiera al trabajador, optando por abonarle la indemnización en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2002-10097>. La Ley 45/2002 de 12 de diciembre volvió a instaurarlos en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-24244>. Actualmente tras la reforma laboral operada por el RD Ley 3/2012 de 10 de febrero, convalidado por la Ley 3/2012 de 6 de julio, en la que los salarios de tramitación solo se han mantenido en caso de readmisión del trabajador en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2012-9110> (todas ellas consultadas el 17 de julio de 2021.)

Su cuantía es el resultado de multiplicar el salario diario del trabajador despedido por el número de días transcurridos desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia³⁴.

El salario módulo es el salario que perciba el trabajador en el momento del despido en las condiciones establecidas para la indemnización, es decir, el que consta en la sentencia, por ello su cuantificación es automática y no cabe discutir su importe en un proceso posterior, así planteada la reclamación, se impone el acogimiento de la excepción de cosa juzgada³⁵.

3.2.2. Extensión Temporal

El momento inicial de cómputo no plantea problemas al coincidir con la fecha del despido que figura en la sentencia, pero como dice BLASCO PELLICER³⁶ el momento final plantea más dificultades pero normalmente vendrá determinado por la notificación de la sentencia al empresario³⁷.

En los contratos temporales vigentes, los salarios de tramitación no se pueden extender más allá de la finalización de dicho contrato, al no aceptarse que los salarios de tramitación alcancen más allá de la duración del propio contrato puesto que la relación laboral se entiende extinguida a partir de la fecha final del contrato³⁸.

3.2.3. Naturaleza de los salarios de tramitación.

³⁴ STS de 23 de julio de 1996

³⁵ ATS de 6 de mayo de 1996 y STS de 12 de abril de 1993

³⁶ BLASCO PELLICER, A (2013), *El proceso Laboral, Tomo I*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p.785

³⁷ STS de 26 de febrero de 2008, Rjud. 1188/2007

³⁸ STSJ Madrid de 10 de marzo de 2003.

La naturaleza de los salarios de tramitación, ha sido siempre una cuestión controvertida, al discutirse su naturaleza salarial o indemnizatoria. Para ALTES³⁹ la doctrina clasificaba las sentencias del TS en función del objeto del litigio: se defendía la naturaleza salarial⁴⁰ en el caso de la cotización de los salarios de tramitación a efectos de Seguridad Social y en algunos casos de contratas de propia actividad. Y la naturaleza indemnizatoria en otros supuestos.

No obstante la mayoría de pronunciamientos los calificaban como una verdadera indemnización, así por ejemplo la STS de 30 de enero de 1991 afirma:

“...todas las indemnizaciones correspondientes al despido improcedente, también la integrante de los llamados salarios de tramitación, son tasados tienen el carácter de resarcimiento debido por la pérdida del empleo, careciendo del valor de restitutio in íntegram que tienen las indemnizaciones de daños y perjuicios, en sentido estricto y, por tanto, han de permanecer inalterables y no actualizables a consecuencia de los sucesivos incrementos salariales que se hayan podido producir por disposición legal y por convenio colectivo, pues tales posteriores incrementos no afectan a la indemnización del despido fijada en la sentencia ni a los salarios de tramitación o sustanciación devengados después de la misma salvo que el trabajador continuara en la prestación de servicios en ejecución provisional de sentencia...”

O la STS de 7 de julio de 1994 defendía la naturaleza salarial de los mimos en base a:

³⁹ ALTES TARREGA, J (1998), *La naturaleza jurídica de los salarios de tramitación: ¿al fin una cuestión resuelta?* Revista Laboral núm. 14, p.125

⁴⁰ STS de 9 de abril de 1984, STS de 27 de octubre de 1986 y STS de 22 de enero de 1988, entre otras.

“...una interpretación literal de la normativa vigente conduce a apreciar la naturaleza salarial de estos devengos, pues el art. 55.4 ET impone al empresario la obligación de abonar los salarios dejados de percibir en caso de declaración del despido nulo y el art. 56.1.b) ET expresa que la obligación empresarial se contrae a una cantidad equivalente a los salarios dejados de percibir en caso de despido improcedente, abandonando la expresión indemnización complementaria que se utilizaba en las disposiciones legales anteriores. También se afirma su carácter salarial en el art. 33.1 ET cuando establece la obligación del FOGASA de abonar los salarios pendientes de pago y, a tal efecto, dice que se considera salario la indemnización complementaria por salarios de tramitación. De otro lado, los salarios de tramitación están sujetos a cotización a la Seguridad Social y, como informa el Ministerio Fiscal, este dato reafirma su carácter salarial y no indemnizatorio...”

Para BLASO PELLICER⁴¹, la doctrina tradicional es la que considera que la naturaleza de los salarios de tramitación es indemnizatoria, y cita la STS de 14 de marzo de 1995, en la que:

“... la figura de los salarios de tramitación tiene una evidente y clara naturaleza indemnizatoria, pues con ellos se pretende, tanto en los despidos nulos como en los improcedentes, compensar al trabajador de uno de los perjuicios que para él derivan del hecho del despido, cual es el no percibir retribución alguna desde la fecha del despido y durante la sustanciación del proceso correspondiente...”

⁴¹ BLASCO PELLICER, A (2013), *El proceso*, op cit. p.788

Pero parece que esta doctrina tradicional debe superarse y considerar la naturaleza salarial de los salarios de trámite.

Para BLASCO PELLICER⁴², el art. 33.1 ET ha abandonado la expresión “*indemnización complementaria por salarios de tramitación*” y los denomina sólo “*salarios de tramitación*” lo que se ve corroborado por el art. 209.6 de la Ley General de Seguridad Social (En adelante LGSS)⁴³ al establecer que en los casos que se devenguen salarios de tramitación, el empresario deberá tramitar el alta y baja en la Seguridad Social, cotizando por durante dicho período al considerarse como tiempo de ocupación cotizada a todos los efectos, lo que refuerza la consideración de su carácter salarial.⁴⁴

4. LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN Y EL DERECHO A VACACIONES.

⁴² Ibidem

⁴³ Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11724> consultada el 27 de julio de 2021.

⁴⁴ Esta interpretación viene reforzada por la STJUE de 12 de diciembre de 2002, Asunto C-442/00 en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A62000CJ0442> consultada el 27 de julio de 2021 en la que se establece: “...los créditos correspondientes a los salarios de tramitación, deben considerarse créditos a favor de los trabajadores asalariados, derivados de contratos de trabajo o relaciones laborales, y deben ser protegidos en caso de insolvencia del empresario, con independencia del procedimiento en virtud del cual se fijen.

El Juez nacional debe dejar de aplicar una normativa nacional que, vulnerando el principio de igualdad, excluye del concepto de «retribución» los créditos correspondientes a salarios de tramitación pactados en una conciliación celebrada ante un órgano jurisdiccional y aprobada por él y debe aplicar a los miembros del grupo perjudicado por dicha discriminación el régimen vigente para los trabajadores asalariados cuyos créditos del mismo tipo estén protegidos, en virtud de la definición nacional del concepto de «retribución» en el ámbito de la Directiva 80/987/CEE...” Ello viene recogido por la STS de 16 de abril de 2013, Rec. 2126/2012

En este apartado analizaremos los efectos de la readmisión derivada de un despido nulo o improcedente, y el efecto del devengo de los salarios de tramitación respecto a las vacaciones del trabajador.

4.1. Concepto del Derecho a Vacaciones.

El art 40.2 CE reconoce el derecho de los trabajadores a disfrutar de vacaciones retribuidas, garantizando el descanso necesario mediante la limitación de la jornada laboral y las vacaciones periódicas retribuidas. Ello tiene su reflejo en el art. 38.2 ET que reconoce a los trabajadores por cuenta ajena el derecho a un período mínimo de vacaciones anuales con cargo al empresario, mejorable por la negociación colectiva o el propio contrato individual.

El derecho a vacaciones retribuidas es un principio de derecho social comunitario asociado a la garantía de seguridad y salud de los trabajadores frente al que no es admisible ningún tipo de excepción⁴⁵.

Las vacaciones se configuran como la interrupción anual y retribuida de la prestación de servicios para proporcionar descanso al trabajador, con el fin que pueda recuperarse física y psíquicamente del cansancio producido por su trabajo.

Según la STC 192/2003 de 27 de octubre el sentido principal de las vacaciones es la reposición de las energías para la reanudación de la prestación laboral, teniendo el trabajador libertad para desplegar la propia personalidad del modo que estime más conveniente.

Es un derecho irrenunciable e indisponible y en principio, no sustituible por compensación económica, salvo que por la finalización de la relación laboral las vacaciones no puedan ser disfrutadas.

La concesión de vacaciones es una obligación del empresario.

⁴⁵ STJUE de 16 de marzo de 2006, Asunto C-131/04, STJUE de 6 de abril de 2006, Asunto C-124/05

4.2. Readmisión del trabajador, salarios de trámite y derecho a vacaciones.

La evolución del concepto de los salarios de tramitación y del derecho a vacaciones ha hecho plantear si en los casos de readmisión se genera el derecho a vacaciones retribuidas. Analizaremos distinta jurisprudencia donde veremos el cambio de criterio de los tribunales ante esta situación.

a) Readmisión y no derecho a vacaciones

La STS de 12 de junio de 2012⁴⁶, entiende que la naturaleza de los salarios de tramitación es fundamentalmente indemnizatoria y no salarial, ya que con ello se pretende, tanto en los despidos nulos como improcedentes, compensar al trabajador de uno de los perjuicios que para él se derivan del hecho del despido, cual es el de no percibir retribución alguna desde la fecha del despido y durante la instrucción del mismo. Esta doctrina considera que estos salarios de trámite no se corresponden a trabajo efectivo ni a descansos retribuidos, por ello, durante el tiempo que el trabajador percibió los salarios de tramitación no se desplegó actividad laboral alguna, en la medida que el vínculo laboral estaba quebrado desde la fecha del despido, y no genera derecho a vacaciones.

Con los salarios de tramitación, se indemniza al trabajador por el perjuicio sufrido y derivado de la improcedencia del acto extintivo, junto con la indemnización legalmente prevista para ello, de ahí que el tiempo de trabajo acumulable a efectos del devengo del derecho a vacaciones o a su abono en metálico concluya con el despido. No se puede equiparar a estos efectos a tiempo real de trabajo el período de salarios de tramitación para que pueda exigirse el descanso vacacional correlativo.

⁴⁶ Rec. 2484/2011, ECLI:ES:TS:2012:4879.

La STSJ de Extremadura de 28 de febrero de 2012⁴⁷ entiende que no cabe el derecho a vacaciones en el período de salarios de tramitación por cuanto no ha nacido el derecho al disfrute al no darse el presupuesto para ello, que es la prestación de servicios que motive la necesidad de descansar, ya que este tipo de salarios, tienen una naturaleza indemnizatoria⁴⁸.

La STSJ del País Vasco de 15 de marzo de 2016⁴⁹ es muy clara en este aspecto, al decir que durante el período de devengo de los salarios de tramitación no se prestaron servicios, de ahí que no se tenga derecho a las vacaciones.

b) Readmisión y Derecho a vacaciones

De lo expuesto anteriormente, ha existido un cambio en la doctrina judicial.

La STS de 27 de mayo de 2019⁵⁰ en la que un representante legal de los trabajadores⁵¹ ejerce su derecho a ser readmitido, el TS entiende que el período de sustanciación del proceso por despido y de los recursos interpuestos, en caso que se opte por la readmisión, debe ser considerado tiempo de trabajo, al entender que si en ese período no ha habido trabajo efectivo, no es por voluntad del trabajador sino por el acto extintivo de la empresa que posteriormente se declara ilícito, y cuyos efectos antijurídicos se tratan de restaurar completamente a través de la readmisión. Así las cosas, ese tiempo de tramitación equiparable a tiempo de trabajo tras la readmisión, proyectará sus efectos sobre los parámetros de la relación laboral entre los que se encuentra el derecho a las vacaciones no disfrutadas por el trabajador, por causas que en absoluto le son imputables.

⁴⁷ Rec. 621/2011, ECLI:ES:TSJEXT:2012:368

⁴⁸ En el mismo sentido STSJ de Cataluña, de 30 de septiembre de 2013, Rec. 299/2013, ECLI:ES:TSJCAT:2013:9508

⁴⁹ Rec. 421/2016, ECLI:ES:TSJPV:2016:902.

⁵⁰ Rrud. 1518/2017, ECLI:ES:TS:2019:1887

⁵¹ En estos casos la opción por la indemnización o readmisión en los despidos nulos, la ejerce el representante y no el empresario.

Finalmente y con carácter reciente el TS ha dictado la STS de 11 de mayo de 2021⁵² que resuelve en el mismo sentido, considerando que en el período de sustanciación de un proceso por despido, en caso de readmisión, se genera el derecho a las vacaciones y fundamenta su decisión en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE⁵³ que en su art. 31.2 nos dice que el período de vacaciones retribuidas no puede ser sustituido por una compensación financiera, excepto el caso de extinción de la relación laboral. En el mismo sentido se pronuncia el art. 4 del Convenio 132 de la OIT⁵⁴, que reconoce el derecho a las vacaciones proporcional al tiempo trabajado.

Además recoge los argumentos de la STS de 27 de mayo de 2019 antes comentada que ya estableció que el tiempo de sustanciación del proceso de despido y de los recursos interpuestos, cuando finalmente se opta por la readmisión efectiva del trabajador, ha de ser considerado como tiempo de actividad laboral, en la medida que si no ha habido trabajo efectivo, no ha sido por la voluntad del trabajador, sino por el acto extintivo de la empresa que posteriormente se declara ilícito y cuyos efectos antijurídicos se tratan de restaurar completamente a través de la readmisión, lo que afectará al derecho de vacaciones no disfrutadas por el trabajador debido a causas que en absoluto le son imputables.⁵⁵

⁵² Rcu. 3630/2018, ECLI:ES:TS:2021:1955

⁵³ Diario Oficial de las Comunidades Europeas (En adelante DOCE) de 18 de diciembre de 2012, por el que se publica la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), consultada el 27 de julio de 2021 en https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

⁵⁴ Convenio 132 de la OIT sobre las vacaciones pagadas. Consultado el 27 de julio de 2021 en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312277

⁵⁵ En el mismo sentido STJUE de 6 de noviembre de 2018, Caso Shimizu (C-684/16), STJUE de 29 de noviembre de 2017, Caso King, (C-214/16) (EU:C:2017:914, apartado 56), así como el art. 7 Directiva 2003/88.

Resulta muy clarificadora la STJUE de 25 de junio de 2020⁵⁶, que plantea que si por el hecho de readmitir al trabajador después de un despido, se tiene derecho a vacaciones aún y no haber prestado servicios para el empleador. El TJUE entiende que el período que media entre el despido y la readmisión debe asimilarse a un período de trabajo efectivo a efectos de determinar el derecho a vacaciones anuales retribuidas, y considera que los Estados miembros, no pueden supeditar el derecho a vacaciones anuales retribuidas al requisito de haber trabajado efectivamente, cuando estamos ante situaciones en las que el trabajador no puede cumplir con sus cometidos⁵⁷.

Así igual que cuando se produce la incapacidad laboral por enfermedad, el despido, improcedente o nulo, con readmisión, implica que el trabajador se ha visto privado de la posibilidad de trabajar por un motivo imprevisible y ajeno a su voluntad, por consiguiente, genera derecho a vacaciones.

5. CONCLUSIONES

Los conceptos jurídicos evolucionan y se adaptan a nuevas realidades. Inicialmente los salarios de tramitación tenían naturaleza indemnizatoria para la mayoría de la doctrina, pero actualmente consideran su naturaleza salarial, de ahí que permitan generar derecho a vacaciones, al hacerse una interpretación extensiva del concepto “*motivo imprevisible y ajeno a la voluntad del trabajador*”. El trabajador al ser despedido y posteriormente readmitido, padece una falta de trabajo efectivo por causa imputable al empresario que lo ha despedido de manera ilícita.

Esta interpretación, puede generarnos ciertas dudas, en la medida que se podría llegar a entender, que el derecho a vacaciones fuera absoluto y sin limitaciones, al no existir una prestación efectiva de servicios en los casos de readmisión, no obstante al entender que se ha producido un ilícito por parte del empresario al despedir, es lo que hace nacer el

⁵⁶ Asuntos acumulados C-762/18 y C-37/19

⁵⁷ STJUE 24 de enero de 2012, Caso Domínguez (C-282/10) (EU:C:2012:33)

derecho a vacaciones al no poder el trabajador disfrutarlas por causa ajena a su voluntad, lo que puede hacernos pensar que la verdadera naturaleza de los salarios de tramitación es indemnizatoria, ya que de acuerdo al art. 1106 CC, se resarce al trabajador de las consecuencias derivadas del despido, quedando con ello el trabajador indemne de sus consecuencias.

Se podría plantear si ello supone o no un enriquecimiento injusto del trabajador, en la medida que el trabajador además de ser compensado por los salarios dejados de percibir desde el momento en que es despedido hasta su readmisión, genera un derecho a vacaciones, no obstante la doctrina actual parece indicar todo lo contrario, y asume que al tratarse de un despido que se declara improcedente o nulo, el trabajador no debe asumir dichas consecuencias, ni perder derecho alguno, así por ejemplo como dice BELTRAN DE HEREDIA⁵⁸ es argumentable afirmar que se pueden generar vacaciones durante un ERTE, y en especial si ha coincidido en el período de confinamiento por la COVID19, no obstante en su análisis también argumenta lo contrario, puesto que el derecho a vacaciones tiene sus limitaciones, por lo que la polémica esta servida.

6. ABREVIATURAS

ATS. Auto Tribunal Supremo

BOE: Boletín Oficial del Estado

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

DOCE: Diario Oficial de las Comunidades Europeas

DT: Disposición Transitoria

⁵⁸ BELTRAN DE HEREDIA RUIZ (2020), *Según el derecho de la UE, ¿tengo derecho a las vacaciones durante un ERTE?*, en su blog una mirada crítica a las relaciones laborales, en <https://ignasibeltran.com/2020/07/09/segun-el-derecho-de-la-ue-tengo-derecho-a-las-vacaciones-durante-un-erte/> consultado el 27 de julio de 2021.

ET: Estatuto de los Trabajadores
LGSS: Ley General de la Seguridad Social
LRJS Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
OIT: Organización Internacional del Trabajo
Rcud: Recurso en Unificación de Doctrina
STC: Sentencia Tribunal Constitucional
STS: Sentencia Tribunal Supremo
STSJ Sentencia Tribunal Superior de Justicia

7. BIBLIOGRAFÍA, LEGISLACIÓN y JURISPRUDENCIA

BIBLIOGRAFIA

ALONSO OLEA, M. (1957), *El Despido*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid

ALTES TARREGA, J (1998), *La naturaleza jurídica de los salarios de tramitación: ¿al fin una cuestión resuelta?* Revista Laboral núm. 14

BELTRAN DE HEREDIA RUIZ (2020), *Según el derecho de la UE, ¿tengo derecho a las vacaciones durante un ERTE?*, en su blog una mirada crítica a las relaciones laborales, en <https://ignasibeltran.com/2020/07/09/segun-el-derecho-de-la-ue-tengo-derecho-a-las-vacaciones-durante-un-erte/>

BLASCO PELLICER, A (2013), *El proceso Laboral, Tomo I*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia

DESDENTADO BONETE A. Y DE LA PUEBLA PINILLA, A. (2002) *Despido y Jurisprudencia: La Extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina*, Ed. Lex Nova, Madrid

ESTEVA SEGARRA, A (2009), *Los Salarios de Tramitación*, Ed. Aranzadi, Pamplona

FERNÁNDEZ DOMINGUEZ, JJ (2018), *Tratado del Despido*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid.

GALGANO, F. (1990), *Diritto civile e commerciale. Volume primo. Le categorie generali. Le persone. La proprietà*, Ed. Cedam, Padova

MONTOYA MELGAR, A. (1992), *El despido improcedente y sus efectos*, en AA.VV, *Estudios sobre el despido disciplinario*, 2ª Ed. Ed. ACARL, Madrid

SAGARDOY BEGOECHEA, J.A y GIL GIL, JL (2003), *Los derechos constitucionales del empresario*, en SEMPRE NAVARRO, A. (Dir.) y MARTIN JIMÉNEZ, R. (Coord.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid

SEMPERE NAVARRO, A.V (2009), *El Despido*, Ed. Aranzadi, Pamplona,

LEGISLACIÓN

1970

Convenio 132 de la OIT sobre Vacaciones Pagadas.

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312277

1994

Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, en

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1994-11610>

2000

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01),

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312277

2002

Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, BOE núm. 125 de 25 de mayo, en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2002-10097>

Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, BOE núm. 298 de 13 de diciembre de 2002, en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-24244>

2011

Ley 36/2011 de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social. BOE núm. 245 de 11 de octubre de 2011, en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-15936>

2012

Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, BOE núm. 162 de 7 de julio de 2012, en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2012-9110>

2015

Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>

Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en [https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-](https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11724)

[A-2015-11724](https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11724)

JURISPRUDENCIA

TJUE

STJUE de 12 de diciembre de 2002, Asunto C-442/00

STJUE de 16 de marzo de 2006, Asunto C-131/04

STJUE de 6 de abril de 2006, Asunto C-124/05

STJUE 24 de enero de 2012, Caso Dominguez (C-282/10)

STJUE de 25 de junio de 2020, Asuntos C-762/18 y C-37/19

TC

STC 21/1982 de 12 de mayo /RTC 1982/21).

STC 192/2003 de 27 de octubre

TS

STS de 9 de abril de 1984

STS de 25 de febrero de 1985 (RJ 1985/717)

STS de 27 de octubre de 1986

STS de 22 de enero de 1988

STS de 20 de febrero de 1991 (RJ 1991/1274)

STS de 12 de abril de 1993

ATS de 6 de mayo de 1996

STS de 23 de julio de 1996

STS de 26 de febrero de 2008, Rcu. 1188/2007

STS de 19 de julio de 2010, Rec. 2643/2009.

STS de 12 de junio de 2012, Rcu. 2484/2011

STS de 16 de abril de 2013, Rec. 2126/2012

STS de 27 de mayo de 2019, Rcu. 1518/2017

STS de 11 de mayo de 2021, Rcu. 3630/2018

TSJ

STSJ Madrid de 10 de marzo de 2003.

STSJ de Extremadura de 28 de febrero de 2012, Rec. 621/2011

STSJ de Cataluña, de 30 de septiembre de 2013, Rec. 299/2013.
