



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

La ejecución de sentencias en el ámbito del derecho del trabajo: en particular la ejecución de sentencias por despido

Maria Immaculada Prat Ramon

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



**“LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN EL
ÁMBITO DEL DERECHO DEL TRABAJO:
EN PARTICULAR LA EJECUCIÓN DE
SENTENCIAS POR DESPIDO”**

M^a Immaculada Prat Ramon

**BARCELONA
2015**



**DEPARTAMENT DE DRET DEL TREBALL I DE LA
SEGURETAT SOCIAL**

TESIS DOCTORAL:

**“LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN EL ÁMBITO
DEL DERECHO DEL TRABAJO:
EN PARTICULAR LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS
POR DESPIDO”.**

**DIRECTORA DE LA TESIS:
DRA. D^a M^a JOSÉ ABELLA MESTANZA**

**TUTOR DE LA TESIS:
DR. D. JORDI GARCIA VIÑA**

**DOCTORANDA:
M^a IMMACULADA PRAT RAMON**

ANY: 2015

AGRADECIMIENTOS

A la Doctora M^a José ABELLA MESTANZA, (Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Barcelona), y Directora de la presente tesis, por su confianza en mí, por su comprensión y apoyo a lo largo de toda la tesis, así como a sus enseñanzas y espíritu crítico.

Al Doctor Jordi GARCIA VIÑA (Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Barcelona) y Tutor de la tesis, por su tutoría, experiencia y consejos prácticos inestimables.

RESUMEN

Es difícil sintetizar en quinientas palabras, la presente Tesis Doctoral.

Se parte del proceso ejecutivo como base de la explicación de la institución de la ejecución, contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 1/2000, de 7 de enero, que tiene carácter supletorio, respecto de la L.R.J.S.

Se estudia el ejecución laboral, regulada en la vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (L.R.J.S.), en sus dos fases: ejecución provisional y ejecución definitiva.

En la presente Tesis se tratan por un lado, las novedades que afectan a la ejecución como procedimiento: la figura del Secretario Judicial y la reforma efectuada por Ley 13/2009, y su nueva resolución procesal: el decreto.y la posibilidad de dictar resoluciones orales.

Por otro lado, se trata la incidencia de la Ley 22/2003 Concursal (modificada por Ley 38/2011) y su carácter controvertido en la ejecución laboral.

Es de destacar, igualmente, la nueva configuración del Fondo de Garantía Salarial.

La novedad de la reforma de la sustitución del despido por sanción y su tratamiento en la ejecución.

Los distintos tipos de procesos en la ejecución: Ejecución de sentencias en materia de Seguridad Social; ejecución de sentencias de despido con especial referencia a los despidos colectivos y recientes sentencias del TS; ejecución de sentencias de conflicto colectivo y novedosa posibilidad de transacción en la ejecución.

Hay una referencia a la ejecución laboral internacional.

Finalmente constan las conclusiones a las que he llegado.

RESUM

És difícil sintetitzar en cinc-centes paraules, la present tesi doctoral. Es parteix del procés executiu com a base de l'explicació de la institució de l'execució, previst en la Llei d'Enjudiciament Civil (LEC) de 1/2000, de 7 de gener, que té caràcter supletori, respecte de la LRJS.

S'estudia el executió laboral, regulada en la vigent Llei Reguladora de la Jurisdicció Social (LRJS), en les seves dues fases: executió provisional i executió definitiva.

En la present Tesi es tracten d'una banda, les novetats que afecten a l'execució com a procediment: la figura del secretari judicial i la reforma efectuada per Llei 13/2009, i la seva nova resolució processal: el decreto.y la possibilitat de dictar resolucions orals.

D'altra banda, es tracta la incidència de la Llei 22/2003 Concursal (modificada per Llei 38/2011) i el seu caràcter controvertit en l'execució laboral.

És de destacar, igualment, la nova configuració del Fons de Garantia Salarial.

La novetat de la reforma de la substitució de l'acomiadament per sanció i el seu tractament en l'execució.

Els diferents tipus de processos en l'execució: Ejecucion de sentències en matèria de Seguretat Social; executió de sentències d'acomiadament amb especial referència als acomiadaments col·lectius i recents sentències del TS; executió de sentències de conflicte col·lectiu i nova possibilitat de transacció en l'execució.

Hi ha una referència a l'execució laboral internacional. Finalment consten les conclusions a què he arribat.

SUMMARY

It is difficult to summarize in five hundred words, this PhD thesis. It is part of the executive process as a basis for explaining the institution of execution, provided for in the Code of Civil Procedure (LEC) 1/2000 of 7 January, which has additionally, regarding the LRJS.

Provisional final execution and performance: the work execution, regulated in the current law regulating the Social Jurisdiction (LRJS), in its two phases is studied.

In this thesis are discussed on the one hand, developments affecting the implementation and procedure: the figure of the Clerk and the reform introduced by Law 13/2009 and further procedural order: the decree by the possibility of issuing resolutions oral.

On the other hand, the incidence of Bankruptcy Act 22/2003 (as amended by Law 38/2011) and its controversial character in the work execution is. It is noteworthy, too, the new configuration of the Wage Guarantee Fund. The novelty of the reform of the replacement of the dismissal sanction and its treatment in execution.

The different types of processes in execution: enforcement of judgments in matters of social security; enforcement of judgments of dismissal with particular reference to collective and recent judgments of TS layoffs; enforcement of judgments collective action and innovative potential transaction execution.

There is a reference to international labor execution. Finally comprise the conclusions I have reached.

“ LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DEL TRABAJO: EN PARTICULAR LA EJECUCION DE SENTENCIAS POR DESPIDO”.

INDICE

CAPITULO I : EL PROCESO EJECUTIVO

Objetivos metodología	15
I. Introducción	16
1.1.- Concepto	16
1.2.- Consideraciones conceptuales:	
a. Su naturaleza jurídica.....	19
b. El artículo 24 de la Constitución Española.....	21
II.- Clases de ejecución: personal, real y, singular	22
III.- Fundamentos de la ejecución provisional: principios relativos al proceso de ejecución.....	26
Principios relativos a las partes.....	27
Principios relativos al objeto.....	31
Principios relativos al procedimiento	33
IV.- La pretensión ejecutiva	39
Concepto	
La discusión de la autonomía de la pretensión ejecutiva.	
Dinámica del proceso de ejecución.	
Suspensión de la ejecución:	
Por causas previstas en la Ley	
Por solicitud de la parte ejecutante	
V.- Principios de la acción ejecutiva:	48
a) Plazo general de prescripción.	
b) Plazo especial	
c) Supuestos de prestaciones de Seguridad Social	
VI.- Objeto de la pretensión ejecutiva:.....	52
a) Obligaciones de hacer	
b) Obligaciones de no hacer	
C) Obligaciones de dar cosas distintas del dinero	
VII.- Medidas que permitan la ejecución en sus propios términos:	57
Apremios pecuniarios	
Multas coercitivas	

Supuestos especiales en caso de despido
Posible intervención de organismos administrativos en la fiscalización del cumplimiento de las sentencias.

VIII.- Títulos de ejecución64

IX.- Elementos integrantes de la ejecución.....80

X.- Otras partes de la ejecución: 95

Sucesión empresarial

Tercerías de Mejor Derecho

XI.- Ejecución dineraria..... 105

CAPITULO 2

2.- CUESTIONES PROCESALES CONTROVERTIDAS:.....111

I.- La incidencia de la modificación del artículo 56 ET, en concordancia con los artículos 278 y ss de la LRJS

II.- El artículo 304 LRJS

III.- Cuando se tiene que solicitar la ejecución provisional

IV.- Cuando se termina la ejecución provisional

La sentencia debe ser condenatoria

Órgano jurisdiccional competente para acordar la ejecución provisional.

La fianza

Intereses y ejecución provisional

3.- EL EMBARGO EJECUTIVO..... 136

4.- LOS SALARIOS DE TRAMITACION Y EL FONDO DE GARANTIA SALARIAL:332

Los salarios de tramitación tras la Ley 3/2012: inconsistencia dogmática, posible inconstitucionalidad y omisiones relevantes

El Fondo de Garantía Salarial y su subrogación en la ejecución.

CAPITULO 3

5.- EJECUCION DE SENTENCIAS DE DESPIDO COLECTIVO:483
EL ERE.

La sentencia del TSJC 21.05.13

Cómo ejecutar una sentencia dictada en proceso de despido colectivo:

Auto de la Audiencia Nacional de 20.11.14.

Reciente jurisprudencia del TS respecto a la declaración de nulidad en

materia de ERE.

6.- EJECUCIONES ESPECIALES EN MATERIA DE DESPIDO:502

Ejecucion de sentencias de despido de trabajadores en situación irregular.
Ejecucion de sentencias de readmisión por despido nulo de trabajadores temporales y su viabilidad.

7.- EJECUCION DE SENTENCIAS DE CONFLICTO COLECTIVO503

La posibilidad de transacción en la ejecución
Medidas cautelares para asegurar la efectividad de lo juzgado.

8.- EJECUCION DE SENTENCIAS FIRMES DE DESPIDO.

**9.- DEBATE DE LA SITUACION CONCURSAL EMPRESARIAL Y SU
INCIDENCIA EN MATERIA DE EJECUCION.....506**

10.-EJECUCION LABORAL EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL:..... . 508

Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998.
Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001.
Directiva 2008/94/CE del Parlamento y del Consejo de 22 de octubre de 2008.
Reglamento (CE) 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia.
Contraste con la regulación de la LRJS.

11.- CONCLUSIONES.511

12.- BIBLIOGRAFIA.513

13.- ANEXO : RELACION DE SENTENCIAS.....517

CAPITULO I: EL PROCESO EJECUTIVO

OBJETIVOS Y METODOLOGIA

La Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, Ley 36/2011, de 10 de octubre introduce importantes mejoras, ampliando, racionalizando y clarificando el ámbito de conocimiento del orden jurisdiccional social.

Como declara el Preamble de dicha Ley, “el objetivo último es conseguir la efectividad, coordinación y seguridad de la respuesta judicial, generándose así un marco adecuado al ejercicio efectivo de derechos y libertades por parte de la ciudadanía”.

La L.R.J.S. se coordina con el Plan Estratégico de Modernización del Sistema de Justicia (2009-2012) que ya tuvo su inicio con la aprobación de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de Reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

En el Libro IV de la L.R.J.S., se regula la ejecución de sentencias, siendo de destacar la adaptación a las particularidades de la nueva oficina judicial en cuanto a la distribución de funciones en juzgados y tribunales, especialmente, a la atribución de competencias específicas en materia de ejecución a los secretarios judiciales.

Se han introducido mejoras técnicas para equiparar plenamente, a efectos de la ejecución definitiva, todos los títulos ejecutivos laborales, tanto los constituidos con intervención judicial, como los constituidos sin intervención judicial.

Se regula por primera vez, la posibilidad de ejecución de determinadas sentencias dictadas en proceso de conflicto colectivo cuando puedan determinarse los afectados y la posibilidad de transacción en la ejecución, con las necesarias cautelas para asegurar la efectividad de lo juzgado.

En materia de ejecución, se producen novedades como la extensión de los efectos de las sentencias en materia de conflicto colectivo, con eficacia general de la nulidad o validez de normas convencionales p prácticas empresariales, para comprender la ejecución individualizada de los pronunciamientos susceptibles de tal determinación, con legitimación de los sujetos colectivos en condenas de contenido económico y también en procesos de movilidad geográfica o modificación sustancial de las condiciones de trabajo de efectos colectivos u otras prácticas empresariales de posible desagregación en actuaciones individuales.

Así mismo hay una previsión expresa (hasta ahora sólo posible por aplicación de la LEC) sobre condenas de futuro y la posibilidad de alcanzar acuerdos transaccionales en ejecución. Por tanto, se establece con carácter novedoso, la posibilidad de transacción judicial en cualquier momento del proceso, incluida la ejecución.

Finalmente, hay novedades en cuanto a la nueva posición judicial del Fondo de Garantía Salarial y las facultades de colaboración entre éste y los órganos judiciales en virtud del artículo 23.8 de la L.R.J.S.

En el contexto de la ejecución cabe destacar la incidencia de la Ley 22/2003 Concursal, reformada por Ley 38/2011 (modificada por Ley Concursal 9/2015, de 25 de mayo), en referencia a los despidos colectivos después de la declaración del concurso.

Otra novedad, es la sustitución del despido por sanción y su trato en fase de ejecución (artículo 108 L.R.J.S.).

También en ejecución, el despido con vulneración de derechos fundamentales y/ o mobbing y la exoneración contemplada en el artículo 180.4 de la L.R.J.S.

La justificación de la tesis ha sido tratar la ejecución de sentencias en el ámbito laboral con un previo planteamiento general inspirado en la LEC, presentando y reuniendo las novedades acaecidas en el ámbito de la ejecución laboral.

La metodología ha sido la buscar, recoger y examinar las principales novedades efectuadas en materia de ejecución de sentencias en diversas material de la jurisdicción social y principalmente despidos, con sentencias del TS, TSJC y de la Audiencia Nacional .

Así mismo se han tomado notas de artículos publicados en la materia y de la propia experiencia personal en los juzgados de lo social de Barcelona como juez sustituta y los cambios que ha ido sufriendo la institución en mis veinte años de sustituciones.

Es de señalar que la Tesis se inició al amparo de la Ley de Procedimiento Laboral, habiendo sido adaptada a la importante reforma efectuada por Ley 36/2011, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo en el trascurso de la Tesis se ha producido la reforma de la LEC, por Ley 1/2000, de 7 de enero.

La entrada en vigor de la Ley 22/2003 Concursal, reformada por Ley 38/2011.

La modificación por RD 3/2012 del artículo 56 del ET en concordancia con los artículos 278 y ss LRJS.

Finalmente se ha hecho referencia al ámbito internacional.

I. INTRODUCCION:

1.1-CONCEPTO.

El proceso de ejecución es, la segunda de las dos grandes partes en que todo proceso puede dividirse. Es una institución jurídica que tiene por objeto una pretensión en que se reclama del órgano jurisdiccional la realización de una manifestación de voluntad.

La ejecución es la actividad realizada por los órganos judiciales tendente de forma coactiva al cumplimiento de lo declarado en sentencia o en títulos equiparables a la misma que la LEC declara llevan aparejada la ejecución.

Se ejecuta en el proceso, en cuanto se da cumplimiento a lo dispuesto por el acto anterior que opera como título de la ejecución misma. Sin embargo, de esto no puede declararse que haya siempre una conexión entre declaración y ejecución, pues puede existir la primera sin que se produzca la segunda, así sentencias declarativas en sentido estricto, o sentencias constitutivas.

A la inversa, para que la segunda se dé no basta con el nacimiento de la anterior, sino que es precisa una nueva pretensión, que es el verdadero objeto del proceso de ejecución, recogiendo la decisión a ejecutar como título de la misma, que sea realmente la que provoque y ponga en marcha el mecanismo ejecutivo.

1.2.-PRECISIONES CONCEPTUALES

El proceso es un instrumento de satisfacción de pretensiones, satisfacción de éstas que se logra de forma distinta según qué tipo de acción se ejercite en el procedimiento.

Así en las pretensiones declarativas puras la parte queda satisfecha simplemente si la Sentencia declara la existencia de la relación jurídica o del derecho subjetivo que se discute en el litigio, sin que sea necesaria otra actividad posterior por parte del órgano judicial.

En las pretensiones constitutivas, la Sentencia produce por sí misma el cambio jurídico (nacimiento, modificación, extinción de la relación) y si en algún caso se precisa de otra actividad posterior, ésta es tan simple que no se puede calificar de ejecución, como en el supuesto de la sentencia constitutiva firme que permita una inscripción y modificación en el Registro.

Por tanto, no todas las resoluciones judiciales son ejecutables, pues en virtud del artículo 521.1 LEC, no se despacha ejecución de las sentencias meramente declarativas y constitutivas.

Cabe la excepción de que la sentencia constitutiva tenga un pronunciamiento de condena que se ejecutara según la LEC.

La acción de ejecución es un derecho fundamental del litigante, en el que se pretende dar efectividad a un derecho sustantivo preexistente documentado en un título.

.

En la mayoría de los casos, lo que se ejercita ante los Juzgados y Tribunales son pretensiones de condena: el titular de un derecho a una prestación (acreedor) no se conforma con la mera declaración de su derecho a una prestación de una obligación discutida en el litigio, y para que se dé la total satisfacción de la pretensión es necesario que su derecho pueda ser hecho efectivo, procediendo por tanto una actividad posterior que acomode la realidad fáctica al deber establecido en la Sentencia. Esta actividad posterior es la que conocemos con el nombre de Ejecución, es decir, el cumplimiento forzoso de la obligación.

De las dos clases de cumplimiento de la prestación declarada, la auténticamente procesal y que ocupa el estudio jurídico es sólo una.

Se pueden distinguir dos tipos de ejecución:

La Ejecución voluntaria: El deudor cumple espontáneamente la prestación que puede consistir en un dar, hacer o no hacer alguna cosa, como dispone el artículo 1088 del Código Civil. Este cumplimiento aunque sea espontáneo puede dar lugar a diversos efectos jurídicos relevantes, así la mora, pago de intereses, indemnización si el cumplimiento es tardío o inexacto.

La Ejecución forzosa: No es el deudor el que cumple la prestación y, ante su negativa el acreedor tiene que acudir ante los órganos judiciales, quienes proceden de forma coactiva, mediante una serie de potestades necesarias para hacer efectiva la Sentencia y por un cauce procesal adecuado para ello que es el proceso de ejecución.

Se puede definir la ejecución procesal, dice Gómez Orbaneja (1), como el procedimiento para la realización de los derechos subjetivos privados a una prestación, mediante coacción estatal.

Montero Aroca (2) define el proceso de ejecución como aquél, en el que partiendo de la pretensión del ejecutante, se realiza por el órgano judicial una conducta física productora de un cambio real en el mundo exterior, para acomodarlo a lo establecido en el título, que sirve de fundamento a la pretensión de la parte y a la actuación jurisdiccional.

Las principales diferencias:

El proceso declarativo o de cognición y el de ejecución no son procesos similares, sino distintos y muchas veces sujetos a principios distintos, como se verá en su momento, lo que produce importantes consecuencias en el orden práctico.

1

Gómez Orbaneja (1): "Derecho y Proceso", 1 ed. Civitas 2009

Montero Aroca (2): "La ejecución provisional de sentencias en proceso laboral" T. Blanc 1999

En primer lugar, y más importante, en el proceso se tiende a "declarar o reconocer" un derecho.

En la ejecución forzosa en cambio lo que pretende es la "realización o cumplimiento forzoso" de ese derecho.

En el proceso declarativo se ventila una pretensión discutible, no pacífica, lo que supone la declaración previa de ese derecho.

En cambio la pretensión que se ejercita en ejecución tiene el carácter de "indiscutible" y lo que se postula es su inmediata efectividad sin necesidad de previa declaración, es decir, en ejecución no se puede volver a plantear y discutir las mismas cuestiones ya resueltas en la sentencia.

La ejecución por tanto se caracteriza por la limitación del "conocimiento" lo que no impide que se planteen cuestiones incidentales como se expondrá después.

En segundo lugar, en el proceso declarativo por lo general se "debate" "se argumenta" y se "dilucida", en cambio en la ejecución la mayoría de las veces lo que se hace es "actuar" sin previa deliberación y argumentación.

El principio de contradicción domina el proceso de declarativo o de cognición, y está casi siempre ausente en la fase de ejecución.

Además puede ocurrir que en algunos casos la ejecución forzosa no tenga como paso previo un proceso declarativo, con su consiguiente resolución judicial final, es el caso de las actas de conciliación administrativa que abren directamente la vía ejecutiva.

El ordenamiento jurídico reconoce a estos títulos contractuales fuerza ejecutiva sin necesidad de una declaración judicial previa por lo que como señala Montero Aroca (2), en muchas ocasiones lo que se ejecutan no son sólo sentencias, sino otro tipo de títulos como conciliaciones administrativas, autos de jura de cuentas, entre otros.

Por último, en ocasiones, el proceso declarativo y el de ejecución siguen caminos paralelos, así cuando se ejecuta provisionalmente una sentencia que ha sido impugnada mediante un recurso de suplicación.

A. La naturaleza Jurídica de la Ejecución.

Si la jurisdicción y el consiguiente proceso es un instrumento, de satisfacción de pretensiones y si alguna de éstas, en concreto las de condena precisan para ser satisfechas una actividad ejecutiva posterior, hay que concluir que la ejecución tiene una naturaleza jurisdiccional.

Es una actividad judicial, llevada a cabo por jueces y magistrados.

Alguna concepción doctrinal basada en precedentes romanos negó naturaleza jurisdiccional a la ejecución y ello debido a que en un principio la jurisdicción se caracterizaba sólo por la "auctoritas" (verdad socialmente aceptada y reconocida) pero carecía de la "potestas" (fuerza vinculante o poder de

2

Montero Aroca (2), "La ejecución provisional de sentencias en el proceso laboral". 1999. Tirant Lo Blanc pág 55 ss.

coerción), pero con la evolución progresiva se puso el acento en la potestad y así el proceso dejó de dividirse en dos fases atribuidas cada una a un órgano distinto: la primera a un Juez y la segunda a un pretor que gozaba de poder de obligar pasando la atribución de todo el proceso al conocimiento de un juez investido con la suficiente autoridad coactiva para hacer cumplir sus decisiones.

Por tanto, la actividad de ejecución es una verdadera actividad procesal de carácter jurisdiccional y por lo tanto atribuido a los órganos judiciales: Juzgados y Tribunales.

Es de destacar que, en algunos ordenamientos modernos, como en el suizo se concibe la ejecución como una actividad administrativa llevada a cabo por órganos de esta clase, en el nuestro no hay duda de que se trata de una actividad jurisdiccional llevada a cabo por los órganos judiciales, cosa aconsejable desde el punto de vista político-legislativo dada la importancia de la actividad de ejecución sobre las personas y los bienes.

Así se pueden señalar entre otros preceptos:

El artículo 117.3º de la Constitución: "El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados en las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan".

El artículo 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: Es igual que el Art. 117.3º de la Constitución, si bien añade los Tratados Internacionales, después de las Leyes.

El artículo 61 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: "Los Jueces y Tribunales que tengan competencia para conocer de un pleito la tendrán también... para llevar a efecto las providencias y autos que dicten y para la ejecución de la Sentencia".

En la Ley de Enjuiciamiento Civil se establece también que: "Luego que sea firme una Sentencia se procederá a su ejecución a instancia de parte y por el Juez o Tribunal que hubiese conocido del asunto en primera instancia".

El artículo 237.2º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social: "La ejecución se llevará a efecto por el órgano judicial que hubiese conocido del asunto en instancia. Cuando en el título no hubiese mediado intervención judicial, será competente el Juzgado en cuya circunscripción se hubiese constituido".

Podría pensarse que la atribución en exclusiva a los órganos judiciales de la facultad de ejecución sufre una importante quiebra en el orden contencioso-administrativo, al facultar el artículo 103 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la ejecución de la Sentencia por el órgano administrativo que dictó el acto o disposición impugnado, permitiendo incluso la

suspensión temporal de la ejecución o la inejecución total o parcial de la Sentencia.

Estas diferencias no suponen que la titularidad de la potestad y toda la ejecución pase en bloque a la Administración ya que según doctrina del Tribunal Constitucional es obligación general, es decir de todos los ciudadanos y también de las demás instituciones incluida la Administración Pública cumplir las Sentencias y resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales.

Comenta José Gabaldon Lopez, en "La ejecución de las Sentencias contencioso-administrativas", (3) algunas afirmaciones doctrinales al respecto:

1° La inejecución de las Sentencias vulnera el derecho fundamental del artículo 24 de la Constitución. Este precepto exige que el fallo se cumpla e incluye el derecho a la ejecución de las Sentencias contra la Administración.

2° La titularidad de la potestad de ejecución corresponde exclusivamente a los órganos judiciales.

La competencia de la Administración en la Ejecución de las Sentencias no se ha de entender como una atribución de una potestad a la medida, sino como la imposición de una carga de haber de cumplir lo decidido en la Sentencia y de prestar la colaboración requerida por el órgano judicial.

3° Los órganos judiciales tienen que adoptar todas las medidas posibles para hacer efectiva la ejecución y para impedir la "la desobediencia disimulada de los órganos de la Administración".

4° Es posible sustituir el fallo por una satisfacción equivalente, cuando la ejecución del mismo en sus propios términos resulte imposible si la Administración incumple la Sentencia.

El órgano judicial, previa audiencia de las partes, adoptara las medidas pertinentes, incluso la ejecución a costa de la Administración.

B. Su carácter constitucional: El artículo 24 de la Constitución.

Martín Valverde (4) manifiesta que el derecho a la ejecución de sentencias forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva. El derecho a obtener la ejecución de las sentencias y demás resoluciones judiciales forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, ya que según propias palabras del Tribunal Constitucional "difícilmente se puede hablar de un Estado de Derecho, cuando no se cumplen las sentencias y demás resoluciones judiciales".

3

José Gabaldon Lopez (3): "La ejecución de las sentencia contencioso-administrativas" 1990
Martín Valverde (4): "Ejecucion de sentencias de la jurisdicción social en la jurisprudencia" 2004.Ed Fundacion Dialnet.

Estas afirmaciones constituyen una reiterada jurisprudencia constitucional, entre otras se pueden citar las sentencias 148/89 de 21 de septiembre; 149/89 de 22 de septiembre y 80/90 de 26 de abril.

La sentencia del Tribunal Constitucional 152/90 de 4 de octubre, señala que el derecho a la ejecución de las sentencias en sus propios términos forma parte del artículo 24.1° de la Constitución ya que si esto no fuera así, las decisiones judiciales y los derechos que en ellas se reconocen no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna y es por ello que la inmodificabilidad de las sentencias firmes integra el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva y si un órgano judicial se aparta sin causa justificada de lo previsto en el fallo de la sentencia, está vulnerando el artículo 24 de la Constitución.

Ahora bien, al tratarse el derecho a la ejecución de un derecho prestacional y no de un derecho de libertad, es conformado por las normas legales que determinan su alcance y contenido concretos y establecen los requisitos y condiciones de su ejercicio, en este sentido sentencia 4/1988, de 21 de enero, pero por otro lado, dentro del respeto debido al contenido esencial de los derechos fundamentales, resulta indiscutible que el artículo 24.1° de la Constitución, exige ausencia de condicionamientos que dificulten o entorpezcan la posibilidad de que lo resuelto por los órganos judiciales sea cumplido en sus propios términos, de manera que cuando el legislador imponga requisitos o limitaciones al ejercicio del derecho fundamental su legitimidad constitucional habrá de ser examinada para comprobar si responden a razonables finalidades de protección de valores, bienes o intereses constitucionales protegibles y guardan debida proporcionalidad con dichas finalidades, lo cual significa que serán inconstitucionales por vulneración del derecho fundamental, aquellos requisitos formalidades y limitaciones que comprometan a su ejercicio de tal forma que no resulten comprensibles con una ponderación razonable y proporcionada de los valores de la Constitución.

El que el derecho a ejecutar las sentencias y demás resoluciones Judiciales forme parte del derecho a la tutela judicial efectiva: del artículo 24 de la Constitución, tiene una importancia procesal inmediata ya que según el artículo 5.4° de la Ley Orgánica del Poder Judicial en los casos en que proceda recurso de casación será suficiente para fundamentarlo, la infracción del precepto constitucional.

II. CLASES DE EJECUCIÓN

Las clasificaciones de las clases de ejecución pueden ser múltiples.

Las más útiles son las que se pueden hacer desde un punto de vista doctrinal y desde una perspectiva legal.

En las clasificaciones clásicas, realizadas por Gomez Orbaneja (1), Guasp (5) y Montero Aroca (2), se pueden distinguir las siguientes ejecuciones:

1. Ejecución personal: La actividad ejecutiva tiene por objeto la persona del deudor; fue admitida en nuestro Derecho histórico (la prisión por deudas), pero ha sido abolida desde hace tiempo.

En Alemania aún se mantiene para casos concretos y en forma limitada, aunque también fue eliminada la prisión por créditos metálicos.

2. Ejecución real: se limita al patrimonio del deudor y es la generalmente admitida en la mayor parte de los ordenamientos; así según lo dispuesto en el art 1911 del Código civil "Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros".

3. Ejecución singular: La actividad ejecutiva tiene por objeto el cumplimiento de una obligación determinada, sobre bienes concretos del patrimonio del deudor; por tanto no se trata de repartir la totalidad del patrimonio del deudor, sino que la ejecución persigue los bienes suficientes para satisfacer la obligación. Seguirá siendo una ejecución singular, aunque se ejecuten varias obligaciones del mismo acreedor, incluso varios ejecutantes en distintos procedimientos o en uno acumulado ya que la ejecución no se dirige contra el patrimonio del deudor como un todo.

Dentro de las ejecuciones singulares se puede distinguir entre:

- Ejecuciones comunes:

Concebidas para hipótesis generales.

- Ejecuciones especiales:

Están previstas para supuestos concretos y particulares, como los procedimientos para la efectividad de la garantía hipotecaria y la prenda sin desplazamiento.

Las ejecuciones comunes pueden ser a su vez de diversos tipos:

- Ejecución para la entrega de cosas determinadas:

Tiene por objeto a su vez dos tipos de obligaciones:

a) La ejecución para la entrega de una cantidad de dinero.

b) La ejecución para la entrega de una cosa distinta del dinero (ejecución satisfactiva).

4

Gomez Orbaneja (1): "Derecho y Proceso". 1ed. Civitas 2009

Montero Aroca (2): "La ejecución provisional de sentencias en el proceso laboral"

Titant Lo Blanc 1999

Guasp (5): "Derecho Procesal Civil, parte especial. Procesos declarativos y ejecutivos"

Civitas.Thomson 2006 págs 585 -586.

Dentro de estos subgrupos, la ejecución más importante es la que consiste en la entrega de una cantidad de dinero, por ser la más numerosa

- Ejecución para la realización de actos y omisiones: Montero Aroca (2) la denomina Ejecución Transformativa al consistir en un hacer o deshacer forzoso.

estadísticamente y además porque las demás ejecuciones se transforman en ella cuando la satisfacción de la pretensión no se puede realizar en las formas especiales previstas para ellas.

Por tanto, la ejecución dineraria es la forma más común de ejecución y es la que la L.E.C., llama procedimiento de apremio.

A su vez, la ejecución dineraria tiene diversas modalidades según los bienes que se hayan embargado. Así se puede distinguir:

a) Procedimiento de apremio cuando se trata de dinero, sueldos, pensiones o créditos realizables en el acto.

b) Procedimiento de apremio para realización de valores mobiliarios.

c) Procedimiento de apremio para la realización de bienes muebles, semovientes e inmuebles.

4. La Ejecución general:

Se da cuando todos los acreedores del deudor ejercitan sus pretensiones en un único procedimiento, para ser satisfechos con todo el patrimonio del deudor que es inferior a las obligaciones que los sujetan.

Esta universalidad de acreedores y de bienes caracteriza estos procedimientos universales; distinguiéndose entre quiebra, cuando el deudor es comerciante y concurso de acreedores cuando no lo es.

La clasificación que hace la L.R.J.S. difiere de la expuesta (recogida en la LEC) y se basa más en la naturaleza de la obligación a ejecutar (entrega de dinero obligación de readmisión) y en la identidad del ejecutado, así como en la firmeza o no de la sentencia a ejecutar.

Así se pueden distinguir:

5

Montero Aroca (2): "La ejecución provisional de sentencias en el proceso laboral"
Tirant Lo Blanc 1999

A) Ejecución definitiva: La resolución judicial ha devenido firme.

Dentro de este tipo de ejecución, atendiendo a la naturaleza de la obligación y del ejecutado, la L.R.J.S. diferencia:

1. Ejecución dineraria.

2. Ejecución de sentencias de despido: se trata de dar cumplimiento a la obligación de readmisión en supuestos de despido nulo, o a su transformación en una condena dineraria en los casos de despido improcedente.

3. Ejecución frente a órganos públicos: se arbitran medidas novedosas tendentes a la agilización en el cumplimiento de las resoluciones judiciales.

4. Ejecución de sentencias de Seguridad social: se conciben como una vertiente más de las seguidas frente a organismos públicos cuando el condenado es una entidad gestora o servicio común y contemplándose unas especialidades cuando el obligado al pago es un particular, una empresa o una Mutua Patronal.

B) Ejecución provisional: La resolución judicial no ha devenido firme por el momento, pero el ordenamiento jurídico faculta al beneficiario de dicha resolución la posibilidad de exigir su cumplimiento, inmediato, no obstante su impugnación.

Lo anterior cobra gran importancia en el proceso laboral ya que casi siempre son los trabajadores y beneficiarios de la Seguridad Social los demandantes y por tanto los interesados en una rápida ejecución del pronunciamiento impugnado y más si tenemos en cuenta la naturaleza de los créditos reclamados (salarios y prestaciones de Seguridad Social).

El carácter de estas reclamaciones originará como veremos, que la ejecución difiera en cuanto a sus requisitos de su homónima civil.

A su vez la L.R.J.S. distingue cuatro clases o supuestos de ejecución provisional:

1. Ejecución de sentencias condenatorias al pago de cantidad: Se trata del mecanismo que la antigua ley denominaba "anticipos reintegrables", si bien la nueva norma flexibiliza sus requisitos para acceder a ello y agiliza el trámite de su concesión.

Está previsto para el supuesto en el que la sentencia reconoce al trabajador una determinada cantidad.

2. Ejecución de sentencias en materia de Seguridad Social. La finalidad legislativa en este caso es que el beneficiario de una prestación reconocida en sentencia la pueda percibir durante la tramitación del recurso.

Además la L.R.J.S. amplía la ejecución provisional a supuestos de prestaciones de pago único o indemnizaciones de Seguridad Social, si bien en este caso el funcionamiento de éste mecanismo es distinto.

3. Ejecución de Sentencias de despido: Se trata de que el trabajador despedido pueda continuar percibiendo su salario, y el empresario exigir la correspondiente prestación de trabajo, durante la tramitación del recurso.

4. Ejecución provisional de sentencias recaídas en otros procedimientos: Se trata de una serie de supuestos y que son las Sentencias de conflictos colectivos, impugnación de convenios colectivos recaídas en procesos de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales, en los que la ejecución provisional no se da en cualquier caso y se deberá estar a la clase de pretensión reconocida para acceder o no a dicha ejecución.

5. La Ejecución parcial:

La L.R.J.S. prevé otro tipo de ejecución, cuando el artículo 242 de la norma procesal señala que: "Podrá ejecutarse parcialmente la Sentencia, aunque se hubiera interpuesto recurso contra ella, respecto a los pronunciamientos de la misma que no hubieren sido impugnados".

Se trata básicamente del supuesto en el que la Sentencia no ha reconocido en su totalidad la pretensión ejercitada y el demandante, no obstante el recurso que interpone solicita se ejecute la reclamación estimada parcialmente. Para que ello sea posible es necesario un pronunciamiento separado que no prejuzgue las cuestiones impugnadas.

Ello permite que el trabajador vea satisfecho su crédito, en la parte no discutida en el recurso.

Existe la posibilidad que la sentencia recurrida sea revocada por la Sala o se decrete la nulidad de las actuaciones.

III. PRINCIPIOS RELATIVOS AL PROCESO DE EJECUCION.

En primer lugar, hay que señalar que el vigente artículo 74 de la L.R.J.S. no ha variado su contenido del antiguo artículo 74 de la LPL.

EL artículo 74 de la L.R.J.S. recoge los principios del proceso que no son sólo de aplicación en la fase declarativa.

Dicho artículo está encardinado en el Libro I de la Ley que se denomina "Parte General" y que, por tanto, es de aplicación a todo su articulado y por ello también a la ejecución, aunque como se verá la oralidad y la concentración se encuentran muy difuminados en la ejecución.

Se encuentra encuadrado en el Título VI "De los principios del proceso y de los deberes procesales".

Además de los principios de inmediación, oralidad, concentración y celeridad recogidos en el artículo 74 LRJS, hay otra serie de principios que informan el proceso de ejecución y que su no mención en dicho precepto obedece a que

son de aplicación en todos los órdenes jurisdiccionales como son los principios de dualidad y contradicción.

Tampoco se menciona el principio de igualdad imperante en el proceso civil. Ello obedece a que todo el proceso laboral supone en cierta forma una "quiebra" de éste tipo si se entiende de una forma absoluta y abstracta.

Se pueden distinguir entre principios relativos a las partes, principios relativos al objeto y por último principios relativos al procedimiento.

A. LOS PRINCIPIOS RELATIVOS A LAS PARTES.

Aunque son de aplicación en todos los órdenes jurisdiccionales, hay que hacer referencia a los principios de dualidad, igualdad y contradicción.

Principio de Dualidad: Es indudable la existencia en el proceso de ejecución de la dualidad de partes y la dualidad de posiciones.

La parte ejecutante que ejercita la pretensión de ejecución y el ejecutado frente a quien se interpone.

La existencia de una pluralidad de personas como ejecutantes o ejecutados no supone la modificación de ésta dualidad, ya que siempre serán dos posiciones las que estén en juego en el proceso de ejecución.

Además de estas partes principales pueden intervenir con mayor o menor intensidad, según el caso, en el proceso de ejecución diversas personas o entidades.

Así en la ejecución pueden intervenir, no los originales demandante y demandado de las Sentencias u otro título ejecutivo, sino los Sucesores de ellos.

Normalmente se tratarán de supuestos de sucesión Mortis causa.

Los supuestos frecuentes son los casos en que fallecido el trabajador o beneficiario de la Seguridad Social, es su heredero el que insta o continúa la ejecución.

La transacción deberá formalizarse mediante convenio, suscrito por todas las partes afectadas en la ejecución y sometido a homologación judicial para su validez, debiendo ser notificado (ejecuciones por salarios o indemnizaciones derivadas de la extinción del contrato de trabajo) al Fondo de Garantía Salarial, como expone Olarte Madero (32).

El órgano jurisdiccional homologará el convenio mediante Auto, velando por el necesario equilibrio de las prestaciones y la igualdad entre las partes, salvo que el acuerdo sea constitutivo de lesión grave para alguna de las partes o para terceros, de fraude de ley o de abuso de derecho, o contrario al interés público,

6

Olarte Madero (32): "Novedades en ejecución: transacción, ejecución de conflictos colectivos y ejecución provisional". CGPJ, págs. 473-474.

o afecte a materias que se encuentren fuera del poder de disposición de las partes.

El convenio podrá consistir en el aplazamiento o en la reducción de la deuda, o en ambas cosas a la vez (espera, quita o quita y espera), entendiéndose que el incumplimiento de alguno de los plazos o de las obligaciones parciales acordadas determina el fin del aplazamiento o el vencimiento de la totalidad de la obligación.

El convenio podrá consistir, en la especificación, en la novación objetiva o subjetiva o en la sustitución por otra equivalente de la obligación contenida en alguna cosa o de dar cosa distinta del dinero por su equivalente dinerario), en la determinación del modo de cumplimiento, en especial del pago efectivo de las deudas dinerarias, en la constitución de las garantías adicionales que procedan y, en general, en cuantos pactos lícitos puedan establecer las partes.

En cuanto a la realización de los bienes embargados, el artículo 261 de la LRJS establece que cuando fuere necesario tasar los bienes embargados previamente a su realización, el secretario judicial designará un perito tasador.

La L.R.J.S. en sus artículos 264 y 266 faculta la intervención en la subasta de los denominados responsables legales solidarios o subsidiarios. No se entiende bien a que personas hacen referencia esos preceptos, ya que si alguien es responsable solidario del ejecutado, lo normal es que figure condenado junto con el ejecutado en la Sentencia, ya que si dicho responsable no aparece contemplado en el título ejecutivo ninguna actividad ejecutoria se podrá dirigir frente a él, ya que la ejecución se debe mover dentro de los límites objetivos y subjetivos del título ejecutivo y en caso contrario, se podrá fundamentar el oportuno recurso (artículo 191.2ºe).

En el orden laboral los supuestos de dichas responsabilidades son la subcontrata, la cesión de trabajadores y la sucesión de empresa, artículos 42, 43 y 44 del E.T., pero en estos casos, su intervención sólo cobra sentido si hubiesen sido condenados en la Sentencia, y por tanto, serían ejecutados.

Supuesto especial de intervención de responsable legal subsidiario en la ejecución es la del Fondo de Garantía Salarial. Este organismo actúa en esta fase en dos momentos:

El primero en la cumplimentación del preceptivo trámite de audiencia previa a la declaración de insolvencia, en este caso podrá mostrar su conformidad con dicha declaración o por el contrario oponerse.

El segundo momento es en el que el Fondo actúa como auténtico ejecutante, iniciando la ejecución frente a la ejecutado por los créditos (salarios e indemnizaciones) abonados a los trabajadores en virtud de lo dispuesto en el artículo 33 del E.T.; es lo que se denomina subrogado del Fondo".

Otra posible intervención en la ejecución es la de los representantes legales de los trabajadores (Comités de Empresa y Delegados de Personal) a los que habrá de poner en conocimiento la ejecución cuando la cantidad objeto de apremio así lo aconseje, artículo 252 LRJS.

El artículo 20 de esta Ley, determina que también en la fase ejecutiva podrán intervenir los sindicatos en nombre e interés del ejecutante afiliado a él.

Por último señalar que, hay otras personas que podrán actuar en la ejecución ya que el artículo 240 LRJS, posibilita su intervención y además, con gran amplitud de facultades ya que señala que lo podrán hacer en condiciones de igualdad con las partes respecto de los actos que les afecten.

La condición para su intervención es que aleguen un derecho o interés legítimo y personal que pudiera resultar afectado por la ejecución que se trate de llevar a efecto.

Así figuran entre los terceros, los acreedores del ejecutado que figuren anotados en el Registro de la Propiedad con créditos sobre la finca trabada y aquellas personas o entidades que aleguen un dominio sobre los bienes embargados o un mejor derecho a cobrar sus créditos respecto a los ejecutantes; pero la casuística puede ser más numerosa, dado los amplios términos en que está redactado el artículo.

El estudio más detallado de la actuación de estos terceros la veremos más adelante.

Principio de Igualdad: Las partes no se pueden encontrar en el proceso de ejecución en un plano de igualdad, el ejecutante está en situación de superioridad y el ejecutado en inferioridad o en posición subordinada, en cuanto está sometido a la actividad ejecutiva.

En la aplicación efectiva de la actividad ejecutoria se debe de tener en cuenta por el órgano judicial la interpretación que del principio de igualdad hace el Tribunal Constitucional, en sus resoluciones, como establece el artículo 5 de la L.O.P.J.

El principio de igualdad no debe de ser entendido de manera aislada, sino en conexión con la naturaleza del ordenamiento laboral que se caracteriza por el sentido compensador e igualador de las desigualdades que subyacen en las posiciones del trabajador y empresario.

La igualdad procesal no puede concebirse como absoluta, debiendo incorporar la ordenación del proceso ciertas disparidades que se asientan como en su día señaló la Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1983 sobre una desigualdad originaria entre trabajador y empresario que tiene su fundamento, no sólo en la distinta condición económica de ambos sujetos, sino en su respectiva posición en la propia y especial relación jurídica que los vincula.

Montero Aroca (2) señala, como mecanismos para impedir que una pretendida igualdad de derecho se convierta en desigualdad de hecho, las consignaciones necesarias para recurrir, la ejecución provisional, y la facilidad para acordar medidas precautorias.

Respecto a las consignaciones para recurrir resoluciones dictadas en el proceso, su finalidad es doble, por un lado está el evitar recursos meramente dilatorios y por tanto sin un fundamento de peso, y por otro lado el garantizar con esa consignación el futuro cumplimiento de la Sentencia.

La consignación esta regulada en la fase declarativa en el artículo 229 L.R.J.S., desaparece en la fase de ejecución, cuando el artículo 245 señala que no es necesario efectuar consignaciones para recurrir resoluciones ejecutivas. Es de destacar la excepción que se produce para recurrir el incidente de no readmisión.

La LRJS realiza una exención expresa a favor de sindicatos de efectuar depósitos y consignaciones en sus actuaciones ante el orden social. Se favorece así la intervención colectiva sindical que, en un plano de economía de recursos, hace innecesarios múltiples y costosos procesos individuales.

En cuanto a la ejecución provisional se observa como el Texto Refundido, la contempla como un mecanismo en manos del trabajador o beneficiario de la Seguridad Social, lo que puede plantear dudas respecto a su aplicación a otro beneficiario en la sentencia de instancia.

Por último, el embargo preventivo presenta unos perfiles distintos de los que dicha medida precautoria tiene en el orden civil, como la suavización de sus requisitos y la no exigencia de fianza.

Otro mecanismo corrector de posibles desigualdades es el aumento de facultades del juzgador, como consecuencia de la suavización del principio dispositivo. El dejar a las partes la delimitación del ámbito del proceso de ejecución no puede ser respaldado y ello más si tenemos en cuenta la posibilidad de que el trabajador ejecutante acuda sin asistencia profesional a la ejecución, lo que podría ocasionar situaciones de desigualdad que tienen que ser evitadas también con otras medidas como la obligación de que una vez instada la ejecución ésta debe ser llevada a efecto de oficio en todos sus trámites, dictándose al efecto las resoluciones necesarias, artículo 239.2º, que no es más que la plasmación laboral del impulso procesal que con carácter general impone para todos los órdenes jurisdiccionales el artículo 237 de la L.O.P.J., cuando señala que "salvo que se disponga otra cosa, el órgano jurisdiccional dará de oficio al proceso el curso que corresponda, dictándose al efecto los proveídos necesarios".

7

Montero Aroca (2): "La ejecución provisional de sentencias en el proceso laboral"
Titant Lo Blanc 1999.

La igualdad procesal en palabras de Montero Aroca (2) se consigue así, no a base de crear nuevas desigualdades, sino construyendo un proceso sometido a principios distintos de los clásicos de corte liberal, un proceso que no debe ser privativo de la materia laboral, sino de todas las materias civiles.

Principio de Contradicción: El principio de contradicción es básico y debe presidir la dinámica del proceso. Supone que se ofrezca a las partes la posibilidad de ser oídas. Además de una exigencia proclamada en el artículo 24 de la Constitución, el cumplimiento de la contradicción aumenta las garantías de una mejor aplicación de la ley al tener el juzgador más elementos de juicio para fundamentar su resolución, así como su imparcialidad. Es de reseñar que, dada la posición subordinada del ejecutado al soportar la actividad ejecutoria, el principio de contradicción si bien no está eliminado, si aparece matizado en la fase de ejecución ya que en ella no se discute sobre la existencia o no del derecho que ya contempla el título ejecutivo sino que se actúa.

Es decir que, para adoptar la resolución más importante de esta fase, que es el embargo no es necesario oír previamente al ejecutado ya que: "Se procederá siempre y sin necesidad de previo requerimiento personal al condenado al embargo de sus bienes...".

El que la audiencia bilateral esté limitada en ejecución no significa que no sea necesario notificar a ambas partes todas las resoluciones que se adopten ya que en caso contrario, se produciría indefensión vedada por el artículo 24 de nuestra carta política, si bien incluso en el tema de las notificaciones, el ejecutado aparece subordinado a la actividad ejecutoria ya que en el caso de que la notificación inmediata de la resolución pudiera impedir su efectividad, se permite demorar la práctica de dicha comunicación al ejecutado por el tiempo indispensable para asegurar su efectividad, artículo 54.3°.

Esta limitada contradicción puede llevar a pensar que el ejecutado no tiene posibilidad de defenderse, oponiéndose a la ejecución, esto no es así, pero induce a pensarlo ya que ni la L.E.C., ni la L.R.J.S., regulan sistemáticamente la oposición del ejecutado.

La flexibilidad de la contradicción en la fase declarativa, está limitada en fase de ejecución.

B. PRINCIPIOS RELATIVOS AL OBJETO.

En la actualidad la ejecución tiene por objeto el patrimonio del deudor y no su persona.

En un principio era la propia persona del deudor y no su patrimonio que estaba sujeta al poder físico del acreedor, teniendo aquél una total disposición sobre su persona para "cobrarse" la cantidad adeudada.

8

Montero Aroca (2): "La ejecución provisional de sentencia en el proceso laboral": TirantLoBlanc1999Blanc.1999.

Con posterioridad se limitó ese poder de disposición, pero permitiendo constricciones, compulsiones directas sobre la persona del deudor para obligarle al cumplimiento de su obligación (prisión por deudas), incluso como señala Rios Salmeron (6), la Novísima Recopilación dirigía el "remate" sobre la persona del deudor ya que en caso de inexistencia o insuficiencia de bienes se ordenaba "fuera preso el deudor".

Estas prisiones pensadas en momentos históricos han ido desapareciendo paulatinamente y lo que se mantiene en algunos países como Inglaterra y Alemania son unos arrestos como sanción no al impago de la deuda, sino al incumplimiento de deberes de colaboración en la ejecución y siempre con la posibilidad de sustituir dicho arresto por una multa con destino público. Ni la ya derogada L.P.L., ni la actual L.R.J.S., no recogen estas constricciones personales, sino que lo que regula son una serie de estímulos psicológicos consistentes en apremios pecuniarios y multas coercitivas destinadas a ejecutados incumplidores, pero también a terceros que obligados a colaborar en la ejecución incumplen injustificadamente este deber.

La actividad ejecutiva del órgano judicial debe perseguir que la ejecución se cumpla en los propios términos establecidos en la sentencia o en otro tipo de título ejecutivo, artículos 241.1º de la L.R.J.S. y 18.2º de la L.O.P.J.

Respecto a la ejecución en sus propios términos del artículo 241.1º de la L.R.J.S., es preciso señalar varios apuntes doctrinales y jurisprudenciales:

-No hay extralimitación y no se vulnera la sentencia cuando respetando sustancialmente el contenido de la misma se fija en ejecución, interpretando la misma, el alcance jurídico, natural y verdadero de dicha resolución.

-En caso de oscuridad u omisiones de la sentencia, la ejecución puede integrar el título, valiéndose de los fundamentos jurídicos de la sentencia y también de las pretensiones de las partes (recogidas en la demanda y oposición fundamentalmente).

La función de hacer ejecutar lo juzgado no puede ser entendida como una ejecución estrictamente literal (Sentencias del Tribunal Constitucional 148/1989, de 21 de octubre y 189/1990, de 26 de noviembre).

En caso de duda, dice el Magistrado Fernando .Salinas (7), la interpretación debe efectuarse en el sentido más favorable para que pueda llevar a acabo la ejecución del título y así evitar el planteamiento de ulteriores procesos declarativos.

Además y recogido como un principio y deber del proceso laboral, el artículo 75 de la L.R.J.S., impone dos mandatos dirigidos a dos tipos de destinatarios:

-Al ejecutado y al órgano judicial: los órganos judiciales corregirán los actos que al amparo del texto de una norma persigan un resultado contrario al

9

⁹ Rios Salmeron (6): "Curso de procedimiento laboral"

4 ed. Tecnos. Madrid 2012, pág 253

Fernando .Salinas (7) "La Ejecucion laboral y su incidencia en la LEC"

Ed. Estudia Iuridica.2003.

previsto en la Constitución y en las leyes para... la efectividad de las resoluciones judiciales... Supone por tanto una manifestación laboral de la prohibición del fraude de la Ley recogida en el artículo 6.4 del Código civil. Su traducción en lo laboral supone realizar un esfuerzo, la mayoría de las veces sin resultado, para evitar la aprobación de insolvencias maliciosas e irreales que sólo se pueden salvar si se dota al órgano ejecutor de mayores facultades de averiguación de bienes del ejecutado.

- El otro mandato va dirigido a terceras personas o entidades, que en cumplimiento de la obligación impuesta en el artículo 118 de la Constitución, deben prestar la oportuna colaboración a los Juzgados y Tribunales en la ejecución; así el artículo 75.2º de la L.R.J.S., señala que: "Quienes no sean parte en el proceso deben de cumplir las obligaciones que les impongan los Jueces y Tribunales ordenadas a garantizar los derechos que pudieran corresponder a las partes y a asegurar la efectividad de las resoluciones judiciales".

C. PRINCIPIOS RELATIVOS AL PROCEDIMIENTO.

Los principios de inmediación, oralidad, concentración y celeridad que imperan en el proceso laboral, sufren tales matizaciones en la fase ejecutiva, que cabe preguntarse si son propios de la actividad ejecutoria.

Es necesario el estudio separado de cada uno de ellos:

Principio de Inmediación: Este principio en su aplicación, en palabras de Chiovenda (8), supone que el Juzgador haya entrado en relación directa con las partes, oyendo directamente sus alegaciones, asistiendo personalmente a la práctica de las pruebas de las que saca su convencimiento, fundándose en la impresión inmediata recibida de estos elementos y no en referencias ajenas.. En la ejecución ocurre todo lo contrario, en el proceso preliminar cobra vigencia la intermediación del Magistrado al presidir el acto del juicio en el que se concentran las alegaciones orales y las pruebas.

En la ejecución está limitada la contradicción ya que en ella no se discute ni se prueba, sino que se ejecuta.

Así como la oralidad conduce a la intermediación, la escritura, predominante en la ejecución nos lleva a la mediación.

La única posible alegación de las partes u oposición del ejecutado reviste forma escrita y se puede efectuar por medio de los recursos.

La única posibilidad de intermediación en la fase ejecutiva es la que contempla el artículo 238 de la L.R.J.S., al regular una comparecencia que presidida por el Juzgador resuelva los incidentes que se puedan promover en ejecución y que con carácter particular se prevé también en supuestos de ejecución de sentencias de despido, de sentencias frente a organismos públicos y por último para resolver las posibles tercerías, si se plantean.

10

Chiovenda (8), "Principios del Derecho Procesal Civil" en Derecho Procesal Civil de Ramos Méndez, Bosch 1985.

Principio de Oralidad: El proceso de ejecución no responde al principio de oralidad, sino que está presidido por el principio de escritura, los actos procesales, tanto de las partes como del órgano judicial revisten la forma escrita; ello obedece a que la ejecución carece de un acto procesal en el que se concentran todas o casi todas las actividades a realizar y que es el acto del juicio oral.

Así las únicas concesiones al principio de oralidad son las que hemos visto anteriormente, como excepciones a la no intermediación, es decir aquellas en que la Ley prevé una citación a comparecencia de las partes en la que podrán efectuar sus alegaciones en forma verbal y probar cuanto a su derecho convenga.

En estos supuestos la norma ha querido que estas actuaciones estén presididas por el principio de oralidad que preside la fase declarativa y ello es debido a que en estos casos la actividad del órgano ejecutor no se limita a ejecutar lo juzgado.

Efectivamente así puede ocurrir que no sea toda la actividad ejecutiva sólo "física" que, en su camino puede surgir un obstáculo que exija un tratamiento distinto.

Así ocurre, por ejemplo en el trámite incidental del artículo 238 LRJS. Guasp (5) define el incidente como una duda interconcurrente que aparece inesperadamente en la tramitación normal de la ejecución ligada con lo que es el objeto o finalidad de la misma y que exige un pronunciamiento previo condicionante del trámite.

Ocurre así, con la tercería de dominio que, impide la continuación del apremio sobre un bien, exigiendo que se resuelva previamente acerca de su titularidad.

Lo mismo sucede con la comparecencia que se celebra en la ejecución de despido, establecida en el título ejecutivo, la obligación de readmisión, es preciso previamente decidir si ésta se ha producido debidamente para en caso de que esto no sea así, proseguir coactivamente el cumplimiento de dicha obligación.

Otra posible concesión al principio de oralidad puede ser la prevista en el artículo 50.1º de la L.R.J.S., que permite al Magistrado dictar "verbalmente autos al término de la comparecencia celebrada en cualquier incidente suscitado durante el proceso" y ello en concordancia con el artículo 97.2º de dicha ley.

Esta posibilidad que sería muy útil, en la práctica, se ve limitada dado los requisitos que debe revestir ya que se exigen las mismas condiciones que

11

Guasp (5)): "Derecho procesal civil. Parte especial. Procesos declarativos y ejecutivos". Thomson Civitas, 2006

para dictar una sentencia "in voce", con lo cual, el mismo trabajo llevará redactar por escrito el auto que documentar lo en el acta cuando se dicta de forma oral ya que por imperativo del artículo 50 de la L.R.J.S., se deberán recoger los requisitos del artículo 248 de la L.O.P.J., es decir en párrafos separados y numerados los hechos y los razonamientos jurídicos.

La otra posibilidad que contempla el artículo 50, no se aplica prácticamente puesto que conlleva más trabajo, ya que se documenta en el Acta sólo la parte dispositiva, pero luego hay que redactar el Auto escrito con la forma legal.

Como se ve, al igual que en el caso de la sentencia de viva voz, la actual L.R.J.S., lo que ha ocasionado, es que desaparezca la posibilidad de dictar estos autos de forma verbal.

La escritura imperante en la ejecución no significa que entre en vigor con todas las consecuencias el principio de preclusión y así es posible repetir ciertos actos ya realizados y así, si en la primera diligencia de embargo se obtuvo un resultado infructuoso, se puede reiterar cuantas veces sea necesario; es permitido a su vez, retroceder en el procedimiento ya que se posibilita dejar sin efecto, actos realizados con anterioridad, por ejemplo levantar el embargo de ciertos bienes para efectuar la adecuación de la traba al orden de prelación de bienes establecido en el artículo 592 de la L.E.C; o incluso mejorar o reducir los previos embargos en orden a la suficiencia de lo trabado.

Principio de Concentración: En el acto del juicio oral se concentran una serie de actos de las partes y del órgano judicial (contestación de la demanda, alegaciones, posible reconvencción, proposición y admisión o rechazo de las pruebas, práctica de la prueba, conclusiones finales e incluso alguna vez, sentencia "in voce").

Esta concentración, es consecuencia de la oralidad y la inmediación.

En la ejecución, al imperar la escritura, lo propio es la dispersión de los actos procesales; la fase ejecutiva supone la realización de actos en momentos distintos y sucesivos, que no pueden concentrarse en un acto único. Guasp (5)

La ejecución más sencilla, por lo menos, constará de un escrito de iniciación, una resolución despachando ejecución, una serie de oficios en práctica de diligencias averiguatorias de bienes, su oportuna cumplimentación por Organismos Públicos Oficiales: El Ayuntamiento, El Registro de la Propiedad, Hacienda, Tráfico, etc., un trámite de audiencia al Fondo de Garantía Salarial y un auto de insolvencia.

Como hemos dicho es la ejecución más simple pues, si a ello se une la existencia de embargos y en especial de inmuebles y posibles recursos, esta infinidad de actuaciones realizadas por definición en sucesivos momentos, conducirá a la dispersión antes señalada y al alargamiento de la fase ejecutiva.

12

Guasp (5): "Derecho procesal civil. Parte especial. Procesos declarativos y ejecutivos". Thomson Civitas. 2006 pág 587-588

Principio de Celeridad: La oralidad y la concentración conducen a la agilización de los trámites y a la rapidez del procedimiento, en cambio, la escritura y la dispersión de los actos en ejecución conllevan una ralentización del proceso. No obstante, la necesidad de llevar a cabo ese numeroso conjunto de actos procesales que sólo he apuntado anteriormente no debe suponer que por el órgano judicial no se adopten las medidas adecuadas para activar lo más posible la ejecución, ya que hay que recordar que lo que prohíbe el Tribunal Constitucional son las dilaciones "indebidas", artículo 24 de la Constitución, es decir, los que no tengan una justificación objetiva y razonable.

Remedios normativos para paliar este posible retraso, y con amplia tradición en el procedimiento laboral, son los siguientes:

- El artículo 239.3º LRJS: "Iniciada la ejecución, la misma se tramitará de oficio, dictándose al efecto las resoluciones necesarias".

Así mismo, se señala que no será de aplicación el plazo de espera previsto en el artículo 548 de la LEC.

Este impulso oficial, del que fue pionero el proceso laboral, ya que en el Real Decreto-Ley de 2 de abril de 1924, se introdujo este impulso sólo en la fase declarativa, funcionando como antes, el principio de impulso de parte en la ejecución civil.

Ha tenido acogida general para todos los órdenes jurisdiccionales, en el artículo 237 de la L.O.P.J., al disponer que salvo que se ordene otra cosa, el órgano jurisdiccional dará de oficio al proceso el curso que corresponda, dictando al efecto los proveídos necesarios.

- El artículo 237.1 LRJS: La ejecución se llevará a efecto en la forma prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil, para la ejecución de las sentencias dictadas en los juicios verbales.

Dicha remisión al juicio verbal, nos llevaba al artículo 437 de la L.E.C, que indicaba que se procederá por los trámites prevenidos para la ejecución de sentencias, pero y esto era lo importante y especial del proceso laboral, reduciendo los términos, de modo que en ningún caso excedan de la mitad del tiempo de lo allí establecido.

Esta previsión, no significaba que, en todo caso, había que reducir los plazos de ejecución, ya que si éstos venían establecidos en la L.R.J.S, no había que reducirlos, por ser de aplicación preferente la norma procedimental laboral, pero los plazos que venían establecidos en el antiguo artículo 738 de la L.E.C., y en la normativa del juicio ejecutivo, se debían reducir a más de la mitad.

Sin embargo el artículo 67 de la Ley 10/1992, de 30 de abril de Medidas Urgentes de Reforma Procesal derogó el artículo 738 de la L.E.C. con lo que ahora no será de aplicación la reducción de los plazos.

- El artículo 244 de la LRJS declara que : "La ejecución únicamente podrá ser suspendida en los siguientes casos:

a) Cuando así lo establezca la Ley.

b) A petición del ejecutante, salvo que la ejecución derive de un procedimiento de oficio.

En primer lugar, la mera voluntad del ejecutante es suficiente para suspender la ejecución.

En segundo lugar, existe una causa legal de suspensión, prevista en el artículo 4.4º de la Ley y que es, la aparición de falsedad documental de influencia decisoria en la ejecución y que se hubiere producido después de constituido el título ejecutivo.

En último lugar, aunque recogidos en diversos artículos de la norma, se puede señalar otros supuestos suspensivos en los que el motivo es la alegación de graves perjuicios en caso de que se prosiga la ejecución; esta argumentación la puede efectuar el resto de los trabajadores de la empresa ejecutada o su órgano de representación legal o sindical o el Fondo de Garantía Salarial, en el supuesto de la denominada "insolvencia técnica", artículo 276 LRJS, o incluso el propio ejecutado al recurrir las resoluciones dictadas en ejecución, como declara el artículo 244 LRJS.

- Artículo 186.2º y 3º LRJS: "Contra las providencias y Autos que dicten los Jueces de lo Social, podrá interponerse recurso de reposición, sin perjuicio del cual se lleva a efecto, la resolución impugnada".

- Artículo 245 LRJS: "Las resoluciones dictadas en ejecución, salvo los supuestos excepcionales de suspensión se llevará a efecto no obstante su impugnación".

La finalidad de dichas normas, es evitar que, los recursos se utilicen con una finalidad dilatoria o con el ánimo de hacer imposible el cumplimiento de la ejecutoria.

- Además de estas previsiones particulares, el artículo 75.1º, establece como deber procesal de carácter general el del órgano judicial de rechazar de oficio, en resolución fundada las peticiones, incidentes y excepciones formuladas con finalidad dilatoria.

El Principio de oportunidad: Son las propias partes, las que deciden la oportunidad o no de acudir al proceso de ejecución ya que, puede ocurrir que no sea necesario, por ejemplo, cuando el deudor ha cumplido voluntariamente la prestación. Además, son las partes las que deciden si el proceso de ejecución es el instrumento más conveniente para la defensa de sus intereses. Este principio de oportunidad, está en íntima conexión con el principio dispositivo.

El Principio Dispositivo: La manifestación más clara en ejecución de este principio, es la previsión del artículo 239 LRJS, al establecer que la ejecución se iniciará a instancia de parte, salvo el supuesto excepcional, de los procedimientos de oficio. La iniciación de oficio de la ejecución en estos casos, artículo 150.2º e) de la L.R.J.S., es consecuente con la naturaleza indisponible de dichos procedimientos, como lo demuestra la iniciación de oficio de dicha modalidad procesal, la limitación de las posibles conciliaciones, la imposibilidad

de desistimiento y suspensión a instancia de parte del proceso, y guarda consonancia con los intereses generales que se tratan de proteger.

La disponibilidad de la ejecución también se manifiesta en la posibilidad de que el ejecutante pueda pedir en cualquier momento la suspensión del procedimiento artículo 244, que a la larga podrá ocasionar como se verá el archivo de las actuaciones por inactividad del ejecutante.

La antigua LPL recogía siguiendo una antigua y tradicional costumbre, la conocida prohibición de transacción o renuncia de derechos.

Efectivamente, su artículo 245, señalaba: "Queda prohibida la transacción o renuncia de los derechos reconocidos por sentencias favorables al trabajador".

La redacción del Anteproyecto era más amplia ya que extendía la prohibición, también a otros títulos ejecutivos constituidos con o sin intervención judicial.

No hay ninguna razón para entender excluidos de la prohibición a estos otros títulos como son la conciliación judicial o administrativa, dado su equiparación a las sentencias en cuanto a su posibilidad de ejecución.

El precepto no es más que una concreta manifestación de la indisponibilidad de derechos del trabajador recogida en el artículo 3.5° del Estatuto de los Trabajadores.

Se trata de una norma de carácter tuitivo del trabajador, que sólo puede cobrar sentido cuando éste acude sin asesoramiento profesional a la fase ejecutiva.

Pese a los imperativos términos del precepto, su vulneración es fácil en la práctica, ya que basta con no instar la ejecución para que de hecho se produzca dicha renuncia.

Ahora bien, el trabajador podrá apoyándose en dicho precepto, realizar una transacción o renuncia sobre la condena de la sentencia, y percibir sólo una cantidad de la totalidad reconocida en la sentencia, renunciando al resto, para después instar la ejecución por la parte no abonada a la que renunció; sin que la empresa pueda oponer la autoridad de cosa juzgada de dicha transacción, artículo 1.816 del Código civil.

La aplicación del precepto supone ampliar en el campo laboral, las excepciones a la regla general de la renunciabilidad de los derechos previstos en el artículo 6.2° del Código civil.

La prohibición sólo va dirigida al trabajador, con lo que es complementemente factible la transacción y la dejación de los derechos de los empresarios.

La LRJS, en su artículo 246, como después veremos contempla la posibilidad de transaccionar.

Antiguamente, la excesiva rigidez del precepto llevó en ocasiones a que el Tribunal Central de Trabajo flexibilizara su contenido (Sentencias de 7 de febrero de 1983 y 13 de diciembre de 1987), llegando incluso a declarar válido el acuerdo, cuando recurriendo el actor y siendo estimado su recurso le hubiese correspondido una indemnización mayor que la que recibió como

consecuencia de la transacción previa al recurso (Sentencia de 2 de marzo de 1979).

En la práctica diaria de los Juzgados de lo Social, se imponen soluciones equitativas que suavizan los términos del precepto, al conceder previo acuerdo de las partes, aplazamientos y fraccionamientos al ejecutado que con la lectura integral del precepto no tendrían apoyo, dado el derecho a cobrar el salario en su totalidad y puntualmente, artículos 26 y 29 del Estatuto de los Trabajadores.

Principio de no gratuidad: La ejecución supone una excepción a la gratuidad de la justicia en el proceso laboral, artículo 25.

El imponer el pago de las costas al ejecutado, artículo 583 de la L.E.C. es una solución correcta ya que el incumplimiento de la sentencia ocasiona unos perjuicios y unos gastos que en modo alguno puede soportar quien no fue condenado.

Extender la gratuidad a la fase de ejecución supondría como indica Montero Aroca (2), que se incumpliesen más sentencias, alargando su ejecución y por tanto sus gastos para lograr transacciones ventajosas; esta solución se adoptó en la Ley de Tribunales de 1912 y fracasó. La amplitud de los gastos procesales, se verá posteriormente con más detalle, en las costas de ejecución.

IV. LA PRETENSION EJECUTIVA

La nueva Ley intenta de una forma vaga, regular ciertos aspectos generales relativos a la pretensión ejecutiva, -sólo lo hace en lo relativo a la prescripción de la acción y en la suspensión de la ejecución, pero deja de lado una regulación sistemática de los requisitos de la demanda ejecutiva, su admisibilidad y la dinámica de la ejecución- por lo que es preciso ocuparse en primer lugar de ciertas consideraciones generales previas referentes de dicha pretensión.

A. Concepto

Definida la pretensión como una petición que se dirige al órgano jurisdiccional, frente a otra persona, en solicitud de una declaración y/o de una determinada actividad, la pretensión ejecutiva aparece cuando lo que se solicita del órgano judicial, es una actuación física.

Ya no se reclama una declaración de voluntad ya que esto ocurría en el proceso declarativo, lo que se postula ahora es la realización práctica de esa declaración.

Esta importante diferencia conlleva una serie de consecuencias:

13

Montero Aroca (2): "La ejecución provisional de sentencias en el proceso laboral"
Tirant Lo Blanc 1999 pág112.

La pretensión ejecutiva no se ve enfrentada a una resistencia del mismo alcance. La posible fuerte oposición que se pudo dar en el proceso previo declarativo se ve difuminada en la ejecución ya que la oposición del ejecutado parte de la declaración del derecho de una forma indiscutible en el título ejecutivo. Al tratar los principios del proceso de ejecución, vimos como estaban matizados los principios de igualdad y contradicción en la fase ejecutiva.

Así como en el proceso declarativo la pretensión se agota con la declaración judicial que dilucida la cuestión litigiosa, en la ejecución la pretensión sólo se satisface con el pago o en caso contrario con a realización forzosa de los bienes del deudor. Esta satisfacción hay que entenderla, no en un sentido literal y desde el punto de vista exclusivo del ejecutante, ya que éste sólo estará completamente satisfecho cuando lo obtenido en la venta de lo embargado cubra el total adeudado, sino en el sentido de que el órgano judicial cumple su función ejecutiva con la "expropiación" de los bienes del deudor aunque el ejecutante no cobre toda la cantidad adeudada.

Se puede afirmar que la total satisfacción del interés del ejecutante depende muchas veces de factores ajenos al órgano ejecutor, como son el conocimiento de bienes, la colaboración de terceros y de organismos públicos, la no concurrencia de otros acreedores; lo que hace en muchas ocasiones ingrata la actividad ejecutiva.

La pretensión no tiene carácter exclusivo y por tanto sobre un mismo bien pueden desarrollarse al mismo tiempo varios procesos de ejecución; bien en un mismo Juzgado, bien en varios Juzgados del mismo de distinto orden jurisdiccional, o bien en un órgano judicial y otro administrativo.

B. La discusión sobre la autonomía de la pretensión ejecutiva.

De poca relevancia en el orden práctico ha sido la tradicional polémica doctrinal a cerca de la autonomía de la pretensión de ejecución respecto a la previa pretensión declarativa.

El problema no se plantea cuando la ejecución tiene como base un título no judicial, por ejemplo una conciliación administrativa. Se podrá pensar por una parte, que la pretensión ejecutiva es autónoma de la declarativa por su diferente a objeto, ya que su finalidad no es la declaración de un derecho sino una actividad física del órgano judicial.

Aunque en principio no es así, no siempre la ejecución se limita a una actividad material ya que en muchas ocasiones dentro de ella se declaran derechos (tercerías de dominio y mejor derecho), se resuelven cuestiones litigiosas mediante los oportunos recursos y en ocasiones se extinguen determinadas relaciones jurídicas; por ejemplo en el denominado "incidente de no readmisión" cuando se dicta el auto extintorio de la relación laboral.

Si la actividad ejecutiva fuese completamente física no sería necesario encomendarla a los órganos judiciales, sino que podría ser desempeñada por

órganos administrativos o incluso particulares si damos por buena la difundida creencia de mayor eficacia del sector privado.

Dados los términos del artículo 147.3º de la Constitución, la ejecución sigue residenciada en los órganos judiciales, aunque ya la nueva Ley parece querer despojar de ciertos actos de ejecución a los Juzgados mediante las subastas notariales y administrativas.

A mi juicio no se puede hablar de autonomía de la pretensión de ejecución dado la unidad fundamental del proceso, aunque las diferencias en cuanto a los principios fundamentales sean muy grandes.

Desde el punto de vista práctico, el proceso de ejecución en los Juzgados suele llevar un número de registro distinto que el del proceso previo y físicamente, origina la apertura de un "expediente" independiente de los autos de juicio previos.

C. Dinámica del proceso de ejecución.

La L.R.J.S., regula en extensión y detalladamente los requisitos de la demanda, su admisibilidad y tramitación hasta su finalización en Sentencia, el texto articulado carece de dicha previsión, conteniendo sólo aisladas disposiciones.

En primer lugar, los requisitos taxativos de la demanda previstos en el artículo 80 y ss de la L.R.J.S. y, no se contemplan a la hora de regular el escrito de iniciación de la ejecución.

Ello se puede deber a que se parte de la existencia de una Sentencia o de una conciliación previa en la que el derecho aparece reconocido.

Por tanto, bastará que el escrito de ejecución contenga los datos subjetivos y objetivos fundamentales; así se podrían reseñar como requisitos básicos del escrito de solicitud de ejecución:

-Designación del demandante y condenado en el título, así como sus domicilios.

-Título de ejecución (sentencia, auto, acto de conciliación y a su firmeza o no impugnación).

-Cantidad por la que se solicita la ejecución o petición concreta si la reclamación no es de cantidad.

Aunque estos requisitos no vienen recogidos en la Ley, es conveniente que se señalen en el escrito de ejecución ya que se pueden considerar un mínimo indispensable para que el juzgado pueda pronunciarse sobre la admisibilidad o no de la petición.

Los posibles defectos u omisiones, que dado el carácter simple del escrito de solicitud de ejecución sólo pueden consistir en la ausencia o en el defecto de alguno de los tres requisitos señalados, obligarán al órgano judicial a hacer uso analógico del artículo 81.1 de la L.R.J.S. y requerir al demandante para que las subsanen en el plazo de cuatro días.

Si lo que se trata de ejecutar es un acto de conciliación administrativa, junto con el escrito de ejecución habrá que acompañar certificación de dicho acto expedida por el Letrado conciliador.

Asimismo es conveniente acompañar tantas copias del escrito de solicitud como ejecutados haya.

No es necesario, cuando lo que se ejecuta es una resolución judicial acompañar ésta, ya que obrará en el juzgado que deberá examinar el proceso para ver si es firme, pero no obstante es conveniente ya que facilita la labor del órgano judicial.

Por lo que respecta a las formas de iniciación, el texto prevé dos: a instancia de parte y de oficio.

La iniciación de oficio, sólo está prevista excepcionalmente para estos procedimientos, en realidad iniciados por la Administración Laboral pueden plantear como indica Rios Salmeron (6), muchos problemas al abrirse la ejecución por simple iniciativa judicial y haberse seguido el juicio previo a espaldas de los propios interesados.

El número de ejecuciones en estos casos es inexistente.

El comienzo de la ejecución a instancia del demandante es lo normal y la redacción del artículo 237.1º de la L.R.J.S. concuerda con la L.E.C. "Luego que sea firme una sentencia se procederá a su ejecución a instancia de parte...". Solicitada la ejecución el órgano judicial debe pronunciar una resolución admitiendo o inadmitiendo la ejecución. Esta resolución y el modo de adoptarla plantea serios problemas debido a la escasa previsión del texto refundido.

Así como en la fase declarativa, el momento más importante del proceso queda al final, es decir para La Sentencia, en la que el Magistrado estima o no la pretensión, en la ejecución ese momento decisivo se desplaza al inicio de la ejecución donde la resolución judicial debe examinar la veracidad de lo alegado en el escrito a sí como la fuerza ejecutiva del título que se acompaña.

Además de estas previsiones, es importante examinar en ese momento y procurar que la actividad ejecutiva se mueva dentro de los límites de lo ejecutoriado desde el punto de vista subjetivo; o en otras palabras si el ejecutante es el demandante en el título o alguno de sus herederos y si el que debe soportar la ejecución es el condenado en el título.

Este control de la legitimación activa y pasiva es siempre fácil y se obtendrá con una mera lectura del título.

Los supuestos de sucesión de responsabilidad legal solidaria son prácticamente inexistentes.

Qué tipo de resolución se debe adoptar en orden a la admisión de la ejecución? La práctica de los juzgados ha confirmado la utilización de una providencia. El silencio legal y la amplitud de los términos del artículo 369 de la L.E.C. conllevó el uso de esta resolución.

14

En mi opinión y con la nueva norma, el despacho de la ejecución debe de revestir la forma de auto, y ello no porque lo ordena el artículo 245 de la L.O.P.J., sino debido a que el artículo 251 de la L.R.J.S. emplea la expresión de “auto despachando la ejecución”.

Además, dado los pronunciamientos que en el se contienen, requerimientos de pago, embargo de bienes, lo más natural es que adopte esa forma y más si por economía procesal y en cumplimiento del artículo 246.1º del texto articulado se elige el momento de la admisión de la ejecución para efectuar el requerimiento al ejecutado para que efectúe el juramento de manifestación de sus bienes.

Se plantea también, ¿es necesario oír al ejecutado para decretar la ejecución?

La respuesta a ésta pregunta nos la dará la naturaleza de la pretensión ejecutiva.

Si lo que se trata de ejecutar es una cantidad dineraria, la audiencia previa no es necesaria, dado los claros términos del artículo 580 de la L.E.C.: “Si la sentencia condenase al pago de una cantidad determinada y líquida, se procederá siempre y sin necesidad de previo requerimiento personal al ejecutado, condenado al embargo de sus bienes”.

En cambio si la condena es a un quehacer forzoso lo oportuno es que por el órgano judicial se le ordene previamente la realización de dicha conducta, artículo 581 de la L.E.C.

Por lo que respecta al desarrollo de la ejecución, una vez solicitada ésta se tramita de oficio, dictándose al efecto las resoluciones y diligencias necesarias, artículo 238, éste impulso oficial no impide una obligatoria colaboración del ejecutante en el caso de que previamente se haya suspendido o paralizado por él la ejecución, lo que determinará que de nuevo deba instar su continuación, artículo 244.2º.

Se distinguen tres grandes bloques:

1. Diligencias averiguatorias de la existencia de bienes: a cumplimentar por organismos públicos como Registro de la Propiedad, Delegaciones de Hacienda, entidades financieras o incluso el propio ejecutado mediante el juramento de manifestación.
2. Adopción de embargos y medidas asegurativas, incluyéndose dentro de esta fase la peritación y el depósito de los bienes.
3. Realización forzosa de los bienes y en especial el acto de subasta y adjudicación de bienes.

Por lo que respecta a la terminación del proceso de ejecución, tres son las posibles formas en las que puede acabar dicho procedimiento: Pago, insolvencia y otras causas.

La terminación por pago de la cantidad adeudada abarca tanto el efectuado por el ejecutado sin que pase a la realización de sus bienes, como el que se hace por el Juzgado con lo obtenido tras la subasta o embargo.

En un sentido amplio se puede entender por pago también la adjudicación al ejecutante o al Fondo de Garantía Salarial de los bienes embargados, artículo 264 LRJS.

La terminación por declaración de insolvencia de la ejecutada es la forma más normal y numerosa de finalización de la ejecución laboral dado la naturaleza de las empresas que llegan a esta fase procesal y los medios limitados de averiguación de bienes de que disponen los Juzgados de lo Social.

La finalización por otras causas, puede a su vez obedecer a dos tipos de motivos: el primero, la inactividad del ejecutante tras la suspensión de la ejecución, supuesto contemplado en el artículo 244.2º LRJS y el otro es la consecución de acuerdos entre las partes, que a pesar de los categóricos términos del artículo 245 LRJS, son alcanzados todos los días en el Juzgado de lo Social, ya que bastaría la mera manifestación del ejecutante de que ya se ha procedido al abono del principal reclamado aunque ello no sea cierto.

Este esquema general de desarrollo, se ve alterado cuando se ejecutan sentencias de Seguridad Social, de despido y cuando la ejecución se prosigue frente a un organismo público.

Los perfiles distintos de la ejecución de la ejecución de Seguridad Social se dan cuando la condenada es una Entidad Gestora o una Mutua Patronal.

La ejecución en materia de despido, es especial, cuando la pretensión es conseguir la readmisión incumplida y difiere según sea un despido improcedente o nulo.

Por último, la imposibilidad de embargo frente a la Administración hace que se articulen unas medidas sustitutivas tendentes al cumplimiento de la ejecutoria.

Haciendo referencia al modo de efectuar este desarrollo de la ejecución, la Sentencia del Tribunal constitucional 26/83 de 13 de abril, concediendo el amparo, acordó que los recurrentes tienen el derecho constitucionalmente garantizado de que los órganos judiciales adopten todas las medidas conducentes a asegurar el cumplimiento eficaz de las sentencias dictadas a favor, y asimismo establecía que las Magistraturas debían de adoptar sin demora todas las medidas precisas para asegurar el cumplimiento eficaz de la Sentencia.

D. Suspensión de la ejecución.

La L.R.J.S., regula en su artículo 244 los supuestos del que se produce una suspensión del proceso ejecutivo, si bien es preciso previamente hacer referencia a una cuestión terminológica.

La norma equipara la suspensión a la paralización del procedimiento si bien es preciso distinguir entre ambos conceptos.

La suspensión supone no proseguir la ejecución a petición propia del ejecutante o por una causa legal.

En cambio la paralización obedece a una conducta de no colaboración del ejecutante a un requerimiento efectuado por el órgano ejecutor, por ejemplo no designación de depositario, no cuantificación por éste de determinadas partidas a incluir en la tasación de costas, etc.

En primer lugar, hay que señalar que no todos los supuestos de suspensión están contemplados en el artículo 244, ya que es preciso acudir a otros preceptos de la L.R.J.S. para encontrar causas de suspensión de la ejecución.

El artículo 244 LRJS, prever dos motivos de suspensión:

- a) Motivos legales.
- b) Mera solicitud del ejecutante.

a) Suspensión de la ejecución por causas previstas en la Ley.

La incorrecta expresión del artículo 244.1a) obliga a remitirse a otros supuestos legales.

Estas otras causas son las siguientes:

1. La falsedad documental.
2. Peligro de continuidad de la empresa.
3. Producción de un perjuicio de difícil reparación.
4. La denominada insolvencia “técnica”.

Por lo que respecta a la falsedad documental, la prejudicialidad a favor de la jurisdicción penal contemplada en el artículo 360 de la L.E.C. y en el artículo 114 de la L.E.Cr., también ha pasado al proceso laboral como causa de suspensión de procedimiento, artículo 4.4. de la L.R.J.S., que declara “la suspensión de la ejecución por existencia de una cuestión prejudicial penal sólo procederá si la falsedad documental en que se base se hubiere producido después de constituido el título ejecutivo y se limitará a las actuaciones ejecutivas condicionadas directamente por la resolución de aquella”.

Ahora bien, así como en la fase declarativa, la falsedad documental suspende el procedimiento cuando su solución es indispensable para dictar la sentencia, en la fase de ejecución la suspensión se ve todavía más limitada y condicionada ya que por un lado se exige que la falsedada se haya producido después de constituido el título ejecutivo y además se añade que la suspensión sólo se limita a las actuaciones ejecutivas condicionadas por la falsedad, con lo cual se podrá continuar el apremio por parte de la canridad sobre la que no se discute su veracidad o sobre los otros bienes no afectos a la presunta falsedad.

El requisito de admitir sólo la falsedad posterior a la constitución del título, obedece a la razón de que no se puede alegar en ejecución falsedades de documentos anteriores a la sentencia, ya que o bien dicha falsedad fue resuelta en la sentencia o en el momento del juicio debió ser alegada, pues en ejecución no cabe más que ejecutar la sentencia, sin perjuicio de articular dichas argumentaciones mediante el oportuno recurso de revisión.

Por tanto debe ser la falsedad posterior al título ejecutivo, siendo el caso más típico, la falsedad del documento que acredita el pago de la cantidad reconocida en sentencia.

Es criticable exigir en todo caso que, la falsedad sea posterior al título ejecutivo ya que dicha falsedad puede afectar el propio título ejecutivo; este último supuesto es prácticamente imposible, si el título consiste en una sentencia, debido a la inclusión de estas resoluciones en un Libro en el Juzgado, bajo la custodia del Secretario, artículo 265 de la L.O.P.J., pero puede ser de más fácil producción, si en el título no media intervención judicial, por ejemplo, una conciliación administrativa.

Procesalmente, la alegación de la falsedad del documento, por ejemplo: el que acredita el pago, originará la tramitación del incidente previsto en el artículo 238 de la L.R.J.S., que motivará a su vez la suspensión del auto que resuelva dicha excepción de pago, hasta que el órgano judicial penal resuelva acerca de la veracidad del documento.

La suspensión por peligro de continuidad de la empresa, merece una crítica favorable y no hace más que dar refrendo a una práctica ya acostumbrada en los Juzgados de lo Social.

El artículo 244.3 L.R.J.S. parte de la existencia de un conflicto de intereses. Por un lado el interés del ejecutante en que se dé el cumplimiento exacto y puntual de la obligación y por otro lado el del resto de los trabajadores de la empresa en que subsista la explotación y por ende, sus contratos de trabajo que pueden ser puestos en peligro si una realización forzosa de la mayor parte de los bienes de producción de la empresa conlleva una descapitalización de la misma.

Entre estos dos intereses, el ordenamiento jurídico opta por la supervivencia de las relaciones de trabajo en detrimento de la ejecución inmediata.

Esta teoría de la proporcionalidad nacida en el Derecho Administrativo es recogida en el Derecho Constitucional alemán, al afirmar que no basta sólo con un título ejecutivo para abrir la vía de apremio hasta su finalización ya que debe haber una proporcionalidad entre los mecanismos procesales de la ejecución (realización forzosa de los bienes de la empresa) y la finalidad que con éstos se persiguen (que los trabajadores cobren los créditos adeudados, cosa que no ocurrirá si la empresa desaparece).

Esta proporcionalidad no es una creación nueva del ordenamiento jurídico alemán, ya que diversos institutos de nuestro ordenamiento podrían acoger este mecanismo compensador.

El artículo 3.2º del Código Civil:” La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas”, y el artículo 7.1º:” Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”; para así atemperar la aplicación de normas ejecutivas de especial rigor y dureza.

Respecto al procedimiento a seguir, hay que indicar que la suspensión puede decretarse tanto de oficio, como a petición de los interesados.

Quienes sean estos interesados no lo indica la norma, pero se debe concluir que entre los legitimados se encuentran:

- a) El propio ejecutado: éste es uno de los escasos supuestos en que la postura subordinada del ejecutado, soportando el proceso de ejecución se ve un tanto paliada.
- b) El resto de los trabajadores de la empresa.
- c) Los representantes de los trabajadores de la empresa. Además a éstos se le ha debido notificar el auto despachando la ejecución y los posteriores embargos e incluso pueden haberse personado previamente en la ejecución, todo ello por imperativo del artículo 250 de la L.R.J.S., que no es más que una plasmación procesal de la competencia del Comité de Empresa y Delegados de Personal de conocimiento e información de las cuestiones que como el presente tiene repercusión en las relaciones laborales, artículo 64 del E.T.

A partir de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, además de los órganos de representación legal, también los delegados sindicales estarán legitimados para solicitar dicha suspensión, en virtud del artículo 10.3º de la L.O.P.J.

Además y respecto a las actuaciones de la ejecución que pueden poner en peligro la continuidad de la empresa, estos legitimados al ser titulares de un interés legítimo y personal, tienen derecho a intervenir en condiciones de igualdad con las partes en dichos actos, artículo 238, lo que es trascendente a efectos de audiencia de la suspensión y posibles recursos frente a la decisión.

Como trámite previo a la decisión se preve una audiencia de los interesados, que serán las partes y estos terceros reseñados, previamente.

La decisión favorable a la suspensión, conllevará un aplazamiento por el tiempo imprescindible, cuya finalidad será permitir al empresario la captación de capital en el mercado financiero o mediante la venta de bienes no afectos al proceso de producción.

No recoge el texto la concesión de un fraccionamiento, común por otro lado en la práctica diaria de los Juzgados, pero hay que entender que dado la ratio legis del precepto subsistencia de la empresa, nada impide su adopción.

Desafortunada es en cambio, la sanción al incumplimiento por parte del empresario de las condiciones del aplazamiento, ya que el artículo 244.4º expresa que ello “conllevará sin necesidad de declaración expresa ni de previo requerimiento la pérdida del beneficio concedido”.

No parece que sea justo que el incumplimiento de una parte, conlleve automáticamente la pérdida del beneficio, del que no olvidemos se beneficiaba también el resto de la plantilla, poniendo en peligro la continuidad de sus contratos de trabajo.

Considero que es más efectivo forzar a la empresa a cumplir el acuerdo mediante un apremio pecuniario.

La producción de un perjuicio de difícil reparación también tiene virtualidad suspensiva de la ejecución en el caso de que se interponga un recurso contra la resolución ejecutiva.

Efectivamente, el artículo 245 de la L.R.J.S., preceptúa:” las resoluciones dictadas en ejecución se llevarán a efecto no obstante su impugnación...”

El precepto es plasmación del principio general de que las resoluciones dictadas en ejecución se admiten en un solo efecto.

La excepción a la inmediata ejecutividad es la producción de un perjuicio de difícil reparación.

La suspensión la podrá decretar el propio órgano ejecutor que dictó la resolución (caso del recurso de reposición o súplica) o el Tribunal “ad quem” que normalmente será el Tribunal Superior que conoce el recurso de suplicación frente al auto resolutorio del recurso de reposición.

Si la suspensión la decreta el órgano ejecutor, ésta durará un mes, excepcionalmente prorrogable por otro y si la decreta la Sala, se prolongará durante el tiempo de la tramitación del recurso.

No se entiende en este segundo caso, el motivo de no autorizar a la Sala la suspensión por un plazo inferior y más dado el volumen de asuntos de los que conoce, lo que conllevará una larga suspensión en perjuicio del ejecutante.

En ambos casos la suspensión se puede decretar con o sin exigencia de fianza. Hay que observar que la exigencia de fianza a las empresas ejecutadas, será en muchos casos un ejercicio de imposible realización dado la falta de liquidez y solvencia de las entidades apremiadas y que el exigirla y conseguirla será todo un triunfo para el ejecutante ya que rara vez puede cobrar el principal con la realización forzosa de lo embargado.

La denominada insolvencia técnica se produce en la suspensión de la ejecución solicitada por el Fondo de Garantía Salarial cuando los bienes susceptibles de embargo se encuentran afectos al proceso productivo de empresa deudora y si pudiera poner en peligro la continuidad de las relaciones laborales existentes y se reconoce sólo a los efectos de las prestaciones de garantía salarial como predica el artículo 277 LRJS.

V. LOS PRINCIPIOS DE LA ACCION EJECUTIVA:

Prescripción de la acción ejecutiva:

La prescripción de toda clase de acciones se produce por el mero transcurso del tiempo fijado por la Ley, en virtud del artículo 1961 del Código Civil.

Nos vamos ahora a centrar en la pérdida de ese derecho subjetivo del que goza el demandante o acreedor de exigir al demandado o deudor la prestación reconocida en el título ejecutivo.

La pérdida real para el mundo del Derecho es la pérdida del derecho a ejercitar esa acción ante los órganos judiciales y mediante un proceso de ejecución, ignorando por el momento la posibilidad que tienen el acreedor de reclamar dicha conducta a su deudor por otros cauces no jurídicos.

El mero transcurso del tiempo puede hacer ilusorios los derechos reconocidos al demandante en la resolución judicial o acto de conciliación.

Respecto al plazo de prescripción de la acción ejecutiva es necesario distinguir entre un plazo general, un plazo especial y un supuesto concreto en el que lo que se reclame sean prestaciones de Seguridad Social.

a) El Plazo general de prescripción

Establece el artículo 243.1º de la L.R.J.S. que «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 279 el plazo para instar la ejecución será igual al fijado en las leyes sustantivas para el ejercicio de la acción tendente al reconocimiento del derecho cuya ejecución se pretenda ».

Este precepto nos remite a la norma sustantiva, en concreto al artículo 59 del E.T que establece el plazo de prescripción general de un año para las acciones derivadas del contrato de trabajo.

El párrafo 2º del artículo 243 del texto articulado prevé que en todo caso, el plazo para reclamar el cumplimiento de las obligaciones de entregar sumas de dinero es del 1 año.

El plazo es el mismo que establece con carácter general el párrafo 1º, pero la mención expresa de este supuesto obedece, a mi juicio, a la intención del legislador de dejar claro que en cualquier caso, que se inste la ejecución del pago de una cantidad de dinero el plazo será de un año, aunque la pretensión sea consecuencia del ejercicio de una acción de despido; es el caso de la ejecución respecto al pago de la indemnización y salarios de tramitación, ya que en caso contrario se podría pensar que el plazo podía ser el de 20 días de caducidad que establece el Art. 59.3.º del E. T.

b) El Plazo especial

Es el establecido en el Art. 279 de la L.R.J.S. para instar la ejecución respecto a la obligación del empresario de readmitir al trabajador, habiendo optado por ésta en el caso de despido improcedente y también en el caso de despido nulo en el que el empresario incumple la obligación de readmisión, artículo 280. Estos plazos especiales son de 20 días o 3 meses para el primer supuesto y de 20 días para el segundo y su estudio particular se efectuará en la ejecución de las sentencias de despido.

c) El Plazo en las prestaciones de la Seguridad Social

Se plantea el problema es el siguiente:

Establecido en el artículo 243 de la L.R.J.S. un plazo de prescripción igual al fijado en las Leyes sustantivas para el ejercicio de la acción tendente al reconocimiento del derecho.

Hay que preguntarse que plazo de prescripción se aplica, en el supuesto de que la sentencia reconozca una prestación o cantidad de la Seguridad Social, ¿el de 5 años que establece el artículo 43 de la L.G.S.S. o el de 1 año del artículo 59 del E.T.?

Considero que debe ser el de 5 años del artículo 43 de la L.G.S.S. ya que el artículo 243.1 de la L.R.J.S. habla de acción para el reconocimiento del derecho y si la norma hubiera querido establecer también un año en este caso así lo hubiera señalado expresamente y no hubiese empleado un criterio de remisión.

No puede ser aplicado el plazo de 1 año que establece el artículo 44 de la L.G.S.S. ya que dicho precepto no señala un plazo para la acción de reconocimiento del derecho sino para el percibo de lo ya reconocido no pudiéndose considerar por la misma razón el plazo para instar ejecuciones reclamando prestaciones de Seguridad Social o indemnizaciones a tanto alzado como de caducidad además de la previsión en contra del artículo 243.1º que establece que el plazo será de prescripción a todos los efectos.

No obstante lo anterior, se puede argumentar también que el plazo para instar la ejecución en litigios de prestaciones o indemnizaciones es de un año si consideramos a las prestaciones como obligación de entregar una suma de dinero y aplicamos el artículo 243.2º.

Efectos de la prescripción

El considerar el plazo para instar la ejecución como de prescripción, nos lleva a estudiar los dos efectos típicos de la institución que la distinguen de la caducidad, y que son su funcionamiento como excepción a oponer a instancia de parte y el mecanismo de su interrupción.

A diferencia de la caducidad que puede ser apreciable de oficio por el Juzgador, la prescripción tiene que ser alegada para poder ser tomada en consideración.

La prescripción de la acción ejecutiva queda interrumpida por su ejercicio ante los Tribunales, artículo 1.973 del Código Civil, lo que significa que una vez solicitada la ejecución el plazo de un año se interrumpe, no se suspende como ocurre con la caducidad, con lo que en el momento en el que se reabra el plazo, éste será otra vez de un año completo.

Esta posible reapertura del plazo de prescripción había generado problemas antiguamente con el párrafo 3º del artículo 241 de la derogada LPL que decía: que “iniciada la ejecución no se interrumpirá la prescripción mientras no esté cumplida en su integridad la obligación que se ejecute”.

El nuevo texto refundido de la vigente, en su artículo 241.3 LRJS ha corregido la redacción diciendo " Iniciada la ejecución, podrá reiniciarse en cualquier momento mientras no esté cumplida en su integridad la obligación que se ejecute.

Este precepto ha sido modificado ya que su anterior redacción chocaba frontalmente con lo dispuesto en el artículo 1.973 del Código Civil que casualmente establece lo contrario que es la interrupción tras la solicitud de ejecución.

Lo que probablemente quiso decir el legislador es que una vez interrumpido el plazo de prescripción de la acción ejecutiva con la solicitud de ejecución, dicho plazo no se reabre hasta que no se cumpla en su integridad la sentencia lo que a su vez nos puede llevar a dos conclusiones, una absurda y otra razonable.

La absurda consiste en que carece de sentido reabrir de nuevo el plazo de prescripción cuando la obligación que se ejecuta está completamente satisfecha ya que no volverá a solicitarse la ejecución.

La interpretación razonable es la siguiente: una vez que el ejecutante manifestó su voluntad de ejecutar la sentencia, durante toda la tramitación de la ejecución no prescribe su pretensión, aunque los trámites de ejecución duren varios años.

Incluso después de terminada la ejecución, tras el oportuno auto de insolvencia queda interrumpida la prescripción, cosa que no puede ser de otra manera ya que con la insolvencia provisional no queda completamente satisfecho el ejecutante, que cobrará sola una parte del Fondo de Garantía Salarial e incluso cobrando la totalidad del principal, dicho organismo se subrogará en los créditos abonados y la ejecución en ambos casos no puede quedar limitada a un espacio de tiempo, es decir a un plazo de prescripción ya que el momento en que se conozcan nuevos bienes del ejecutado es por principio incierto; por lo que la reapertura de las actuaciones por estas posteriores solicitudes de ejecución o acciones subrogatorias no están sujetas a plazo de prescripción.

Una interpretación estricta de la no prescripción de la acción ejecutiva mientras no se cumpla la obligación en su integridad puede conducir a soluciones contrarias a su buena fe; así por ejemplo cuando la ejecución ha quedado paralizada debido a la actuación del ejecutante, porque así lo pidió expresamente, o debido a su falta de colaboración con el órgano ejecutor, así artículo 242.2º de la L.R.J.S.).

En estos casos, el archivo provisional de las actuaciones es consecuencia directa de actuar del ejecutante y debería computarse el plazo de un acto desde la fecha de ese archivo ya que en caso contrario se podría hablar de ejercicio abusivo del derecho, prohibido expresamente por el artículo 75 de la L.R.J.S., aunque como hemos dicho los términos del artículo 241 de la Ley son otros, además de que considerar prescrita la acción tras el archivo provisional

iría en contra de lo dispuesto en el artículo 418 de la L.E.C. que deja fuera de la caducidad de la instancia las actuaciones de ejecución de sentencias firmes, pudiendo promoverse éstas hasta conseguir el cumplimiento de la ejecutoria. No contempla la norma cuál es el día inicial a partir del cual comienza el cómputo del plazo de 1 año.

Dado el carácter supletorio del Código Civil, artículo 13.2º, que el tiempo de la prescripción de la acción para exigir el cumplimiento de obligaciones declaradas por sentencia, comienza desde que la sentencia quedó firme, en virtud del artículo 1.971.

Respecto de los autos que acceden a ejecución hay que relatar idéntico *dies a quo*.

La conciliación judicial y extrajudicial en su ejecución están también sometidos a ese plazo de prescripción de un año, si bien el día de su firmeza habrá que considerarlo transcurridos quince días para la judicial (artículo 84.5º L.R.J.S.) y 30 días para la administrativa (artículo 67.2º L.R.J.S.).

VI. EI OBJETO DE LA PRETENSION EJECUTIVA.

El objeto de la pretensión de ejecución puede ser contemplado desde dos perspectivas completamente distintas.

Desde un primer aspecto, el objeto de la ejecución es la realidad física sobre la que recae la actividad ejecutiva del órgano ejecutor; siendo las dos alternativas que se han dado tradicionalmente en la historia, la que hacía objeto de la ejecución la propia persona del ejecutado y la más próxima en el tiempo que hace recaer la ejecución sólo sobre los bienes y derechos del ejecutado.

Desde un segundo punto de vista y éste además más fructífero, por objeto de la pretensión ejecutiva se debe estudiar el bien jurídico que el ejecutante reclama, es decir la realización de la prestación que el título ejecutivo impone al ejecutado.

La prestación que el título ejecutivo puede imponer al obligado puede ser muy variada; ya que en un principio toda obligación puede consistir en un dar, hacer o no hacer alguna cosa, artículo 1.088 del Código Civil.

La obligación más frecuente y por tanto la ejecución más numerosa en los Juzgados es la que consiste en la entrega de una cantidad de dinero y por ello es la que ocupa un estudio más amplio en los textos legales; así el Capítulo II del Título I del Libro IV de la LRL, se ocupa de la «Ejecución Dineraria».

Además los otros tipos de ejecución consistentes en un hacer o no hacer o en entregar una cosa distinta del dinero se ven transformadas en una ejecución dineraria cuando no se pueden cumplir específicamente.

Tratándose de una obligación de entrega de dinero el incumplimiento de dicha prestación por el deudor ocasiona que en la ejecución se sustituya la actividad

del obligado por la del órgano judicial que será el que pague al acreedor tras la realización forzosa de sus bienes.

En otras ocasiones la sustitución de la actividad del deudor por la del órgano ejecutor puede resultar imposible, por ejemplo debido al carácter personalísimo de la prestación o porque la cosa que debe ser entregada ha desaparecido; en estos casos la primitiva obligación queda transformada en otra obligación de indemnizar los daños y perjuicios sufridos y ésta al ser una obligación dineraria puede ya ejecutarse.

Ahora bien, esta conversión de la prestación ocasiona que el ejecutante no quede completamente satisfecho ya que la pretensión que contenía el título ejecutivo era distinta.

Por ello la doctrina había postulado desde siempre la introducción en el texto procesal de mecanismos que tiendan a vencer la voluntad rebelde del deudor; las denominadas constricciones si se dirigían directamente sobre la persona del ejecutado y las astringencias si tenían por objeto su patrimonio.

El nuevo texto articulado (LRJS) se inclina, una vez descartada la ejecución personal, por los denominados apremios pecuniarios y multas coercitivas.

Es en este contexto cómo hay que entender la redacción del artículo 239.1º de la L.R.J.S., «La ejecución se llevará a efecto en los propios términos establecidos en la sentencia».

El precepto anterior es repetición en parte del artículo 18.2.º de la L.O.P.J. que señala que las sentencias se ejecutarán en sus propios términos.

Si la ejecución resultara imposible, el *Juez* o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquella no pueda ser objeto de cumplimiento pleno.

La ejecución en sus propios términos que en otras palabras se denomina la intangibilidad de las sentencias no plantean dificultades cuando el título ejecutivo contiene una condena dineraria, pero sí cuando la prestación a ejecutar es de otro tipo.

El silencio de la L.R.J.S., es total y ante ello hay que acudir a la supletoriedad de la L.E.C. lo que puede conducir soluciones en algunos casos en contradicción con el texto articulado.

Las obligaciones de hacer.

La L.E.C. arbitra diversas medidas para ejecutar estas obligaciones.

Aunque el precepto se refiere a «sentencias debe ser de aplicación a otros títulos de ejecución que contemplen esa clase de obligaciones como por ejemplo la conciliación judicial o administrativa.

Es preciso distinguir según se trate de un hacer personalísimo o un hacer no personal o dicho de otro modo de una prestación fungible.

En ambos casos instada la ejecución de la obligación el órgano judicial requiere al deudor para que la cumpla, dentro del plazo que se le señale al efecto, artículo 924 de la L.E.C.

Si el ejecutado no realiza la actividad requerida y con independencia de lo que se dirá más adelante sobre los apremios pecuniarios, la L.E.C. adopta medidas de sustitución/subrogación ejecutiva que son distintos según la prestación sea o no personalísima.

a. Hacer no personalísimo

La actividad sustitutoria se realiza por otra persona a costa del ejecutado, ello es posible por tratarse de una obligación fungible en las que otra persona puede realizar la misma actividad que debía realizar el ejecutado.

La actuación de este tercero es retribuida con cargo al patrimonio del deudor.

Hay supuestos como indica Montero Aroca (2) en que la actividad puede ser realizada por el propio órgano executor y con idéntico valor a la que debía hacer el ejecutado, éste es el caso en el que el empresario se niega a emitir el certificado de trabajo en cuyo caso el Magistrado puede realizar dicha declaración de conocimiento; igual puede suceder con la ejecución de la obligación de afiliar a la Seguridad Social al trabajador, aunque en estos casos la afiliación puede realizarse de oficio por la Tesorería, así artículo 13 de la L.G.S.S.

b. Hacer personalísimo

En estos supuestos el executor no puede sustituir la omisión del ejecutado; en cuyo caso el artículo 713 de la L.E.C. señala que "entenderá que opta por el resarcimiento de los perjuicios".

Pero es en este punto donde la L.E.C. puede chocar con la L.R.J.S. ya que para determinar la cuantía de dicha indemnización se debe acudir en primer lugar a lo que en la sentencia o acto de conciliación se hubiera previsto (artículo 713 párrafo 2º) y en caso de que el título ejecutivo no lo haya previsto anticipadamente, debe acudir al trámite del incidente de liquidación de sentencias previsto en el artículo 728 de la normal procesal civil.

Ahora bien nunca en la sentencia laboral se fijan en ella el posible importe de los daños y perjuicios en caso de que el condenado incumpla la obligación impuesta; con lo que el proceso laboral al no ser posible las sentencias ilíquidas, según el artículo 99 LRJS que establece que en caso de condena al abono de una cantidad el órgano judicial la determinará expresamente, sin que en ningún caso pueda reservarse tal determinación para la ejecución, a diferencia del proceso civil, artículo 360 de la LEC., no se podrían liquidar dichos daños y perjuicios al no ser factible el incidente de liquidación de sentencias.

15

Montero Aroca (2): "La ejecución provisional de sentencias en proceso laboral"
Ed. Tirant Lo Blanc 1999, págs. 85ss.

Esta conclusión, seguida a rajatabla nos llevaría al absurdo de exigir una nueva demanda que concrete dichas sumas que tras el oportuno reparto, si son varios

los Juzgados, puede ser turnada a otro Juzgado distinto del que dictó la sentencia, con lo que indirectamente sería órgano ejecutor uno distinto al que dictó la sentencia originaria.

A mi juicio la interpretación que se debe dar al Art. 99 de la L.R.J.S. es que la prohibición de sentencias ilíquidas debe ser aplicada a las demandas en las que se pretende el abono de una cantidad, pero no a éstos otros supuestos en los que la pretensión que se ejercita no es dineraria sino que consiste en un comportamiento del demandado.

Dada la amplitud con el que el artículo 238 de la L.R.J.S. regula el trámite incidental de ejecución, bien pudiera ser éste el cauce procesal adecuado para cuantificar dicha indemnización dado la posibilidad de efectuar las alegaciones y pruebas en esa comparecencia, en realidad casi un juicio, sin necesidad de acudir a otra demanda y consiguiente juicio que se celebraría muchísimo más tarde en perjuicio del ejecutante y ocasionando con ello unas dilaciones indebidas prohibidos por el Art. 24 de la Constitución y más en un proceso ágil y rápido como ha sido de siempre el laboral.

Es por ello que se deben reconsiderar por dichas razones, algunas sentencias que hacían referencia a la imposibilidad de los incidentes de liquidación de sentencias, entre otras las del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1965 y 25 de abril de 1970 y las del Tribunal Central de Trabajo de 18 de junio y 24 de septiembre de 1973.

a) Obligaciones de no hacer

Si el ejecutado incumple la obligación de no hacer el artículo 703 de la L.E.C. establece que procederá la indemnización de daños y perjuicios, pero nada impide que previamente se efectúe un requerimiento por el órgano ejecutor al ejecutado para que se abstenga de hacer.

En todo caso el incumplimiento y la sustitución por la indemnización de daños y perjuicios plantea los mismos problemas de liquidez visto con anterioridad.

Con carácter general los artículos 1.098.2º y 1.099 del Código Civil autorizan a decretar que se deshaga lo hecho por el ejecutado, pero como en el caso anterior habría que interponer una demanda nueva para ello ya que el título ejecutivo condenaba sólo a una abstención del ejecutado, sin contener una condena expresa a deshacer algo.

No obstante la necesidad de ese posterior proceso debe ser reinterpretado a la luz del Art. 24 de la Constitución, posibilitando que sea el trámite incidental el oportuno cauce para dilucidar estas cuestiones.

Estos problemas de obligaciones de hacer o de abstenerse parece en principio que no se plantean en la práctica de los Juzgados de lo Social, pero ello no es siempre así; piénsese por ejemplo en una sentencia que condena al empresario a que un determinado trabajador realice unas determinadas funciones de arreglo con una categoría que antes eran impedidas por la empresa.

Otras veces es la propia Ley la que impone que la sentencia contemple estas obligaciones de hacer o no hacer e incluso la indemnización pertinente, así el Art. 180 de la L.R.J.S. obliga a que la sentencia estimatoria del proceso de la tutela del derecho fundamental o libertad pública ordene el cese inmediato del

comportamiento antisindical, lo que implica una omisión o no hacer del empresario, así como la reposición de la situación al momento anterior a la violación del derecho, la que conlleva un hacer, e incluso la indemnización que procediese, que como hemos visto no puede posponerse a la ejecución de la sentencia.

c) Obligaciones de dar distintas del dinero

La obligación del deudor de entregar una cosa sea mueble o inmueble no es personalísima y por tanto si el obligado no la cumple voluntariamente su actividad es sustituida por la actuación del órgano ejecutor. En estos casos la actividad ejecutiva consistirá en apoderarse de la cosa para proceder a su entrega al ejecutante.

Es necesario distinguir si la cosa a entregar es un bien inmueble o mueble.

a. Bienes Inmuebles

Establece el Art. 703 de la L.E.C. que «cuando en virtud de la sentencia deba entregarse al que ganó el pleito alguna cosa inmueble, se procederá inmediatamente a ponerlo en posesión de la misma, practicando a este fin las diligencias conducentes que solicite el interesado.

En el proceso laboral más que la entrega en propiedad de un inmueble, lo que la sentencia puede reconocer es el derecho del trabajador a una vivienda para su uso y habitación.

Además puede ocurrir que la extinción del contrato de trabajo, conlleve la obligación del trabajador de abandonar la vivienda que ocupaba por razón del mismo, en este caso, artículo 283 de la L.R.J.S., el incumplimiento de la obligación de abandonarla conllevará el oportuno lanzamiento.

En cualquier caso para que se pueda ejecutar esta obligación de entregar el

inmueble en sus propios términos es preciso que, según Montero Aroca (2) se den dos requisitos:

1. Que el bien sobre el que se quiere hacer recaer la ejecución sea el contemplado en el título.

2. Que se halle en poder de la persona que en título figura como condenado.

Ya que en caso de no concurrir estas condiciones la obligación se convertirá en una indemnización de daños y perjuicios, artículo 926.3° de la L.E.C.

b. Bienes Muebles

Igual que en el supuesto anterior la ejecución consistirá en el apoderamiento del bien por el órgano ejecutor, pero si esto no es posible por no poderse encontrar la cosa, o por hallarse en poder de un tercero ajeno a la ejecución, la obligación del ejecutado consistirá en una indemnización de daños y perjuicios.

En todos los casos en el que se transforme, por imposibilidad de ejecución en forma específica, la primitiva obligación se posibilitará al acreedor a solicitar el embargo de bienes del ejecutado.

Este embargo en realidad es un embargo preventivo ya que si se concluye la imposibilidad de que en fase de ejecución y en vía incidental se liquida la indemnización lo que habrá que hacer es interponer una nueva demanda para cuantificar esos daños en la que se solicitará dicha medida cautelar.

El deudor podrá liberarse de este embargo dando fianza suficiente a satisfacción del Juzgado, artículo 623 de la L.E.C.

VII. MEDIDAS QUE GARANTIZAN LA EJECUCION EN SUS PROPIOS TERMINOS

El legislador del texto articulado ha querido subrayar la importancia que en un Estado de Derecho tiene el que las sentencias se ejecuten en sus propios términos, prohibiendo que en ejecución se modifiquen los pronunciamientos condenatorios, debiéndose adoptar las medidas que aseguren la mayor efectividad de las ejecutorias.

Prueba de ello es la redacción de los artículos 239 de la L.R.J.S. y 18.2° de la L.O.P.J.

Lo contrario a la completa y total ejecución es precisamente la ejecución sustitutoria consistente en una indemnización de daños y perjuicios; que aunque la L.R.J.S. la contemple en algunos supuestos como por ejemplo en el auto extintorio de la relación laboral en la ejecución de despidos, artículos 279.2° y 284), no por ello deja de ser excepcional y por ello en primer lugar se debe acudir a la ejecución en sus propios términos.

16

Montero Aroca (2): "La ejecución provisional de sentencias en proceso laboral"
Ed. Tirant Lo Blanc 1999, pág 86

La ejecución en forma específica es decir, sin sustitución de la obligación establecida en la sentencia por otra compensatoria es la única que supone en principio la completa satisfacción de la pretensión del ejecutante.

La legislación anterior sólo empleaba la expresión de ejecución de la sentencia en sus propios términos al tratar de la readmisión de los representantes de los trabajadores en su puesto de trabajo, antiguo artículo 212, en cambio el actual texto refundido en las Disposiciones de Carácter General y por tanto de aplicación a todas las ejecuciones y otra vez en el artículo 280.1º para reafirmar la readmisión obligatoria en los despidos nulos establece esta obligación.

Las medidas que se van a estudiar a continuación son mecanismos tendentes tanto a lograr que las sentencias se cumplan por el ejecutado en sus propios términos, como a que ese cumplimiento se haga de la forma más rápida, ya que se considera que el derecho a que las sentencias se ejecuten forma parte del más amplio a la tutela judicial efectiva que recoge el artículo 24 de la Constitución y que además esa ejecución se debe producir sin dilaciones indebidas ya que aunque ésta última previsión referente a la interdicción de los retrasos indebidos en la ejecución no se debe confundir con el derecho a la ejecución, se encuentra en íntima conexión con el mismo, ya que el retraso injustificado en la adopción de diversas medidas ejecutivas afecta en el tiempo a la efectividad del derecho fundamental.

En este sentido y conjugando el derecho a la ejecución con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas el Tribunal Constitucional ha señalado que si las medidas ejecutivas se adoptan con un retraso injustificado e irrazonable lo que se lesiona es el «derecho al proceso sin dilaciones indebidas», en cambio si esas medidas se adoptan rápidamente pero no son eficaces para asegurar la ejecución, o aunque eficaces no van acompañadas de medidas complementarias para cumplimentarlas, no habrá quebranto en la rapidez pero sí de la tutela judicial efectiva.

Como medidas asegurativas de esta ejecución en forma específica contemplaba como novedad la antigua Ley de Procedimiento Laboral los apremios pecuniarios y multas coercitivas con carácter general y actualmente, en el artículo 239 LRJS y otras medidas concretas en supuestos de despido.

a) Los apremios pecuniarios

Descartadas tras su vigencia en momentos históricos previos las constricciones como medios de compulsión directa sobre la propia persona del deudor (prisión por deudas), el nuevo texto refundido, recogiendo la mayoritaria demanda de la doctrina y la experiencia europea, introduce, dice Andino Axpe (10) en la

17

Andino Axpe (10): "El principio de justicia gratuita y gastos procesales en el procedimiento". Actualidad Laboral nº 38.1999

ejecución laboral diversas astringencias tendentes a vencer la voluntad rebelde al cumplimiento de las sentencias del ejecutado.

Su introducción en textos legales ya se había producido en el año 1990, con mecanismos para el cumplimiento de las sentencias.

La Ley Reguladora de la Jurisdicción Social faculta a la Administración para asegurar la ejecución de sus actos en caso de incumplimiento de actos personalísimos y no personales, a imponer diversas multas, así como en el artículo 95.4º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en cumplimiento de los requerimientos de este órgano.

- El apremio pecuniario al parecer es de origen francés y tiene como antecedente los denominados *astreintes* galas, pero en realidad estamos ante una mezcla de esta institución y la anglosajona *contemp of tour*, recibiendo de la tradición francesa el modo de sanción, pecuniario y en proporción al tiempo en el retraso en el pago pero separándose de esta en cuanto al destinatario de lo recaudado, en este caso el Fisco y no el acreedor perjudicado.

En primer lugar, la imposición del apremio pecuniario es una facultad del órgano judicial y no una obligación; lo que nos plantea la duda de si supuesto lo anterior en el caso de que el ejecutado incumple obligaciones de hacer o de dar, se podrá acudir, dado el carácter facultativo del apremio, a la ejecución sustitutoria consistente en la indemnización de daños y perjuicios prevista en los artículos 712 y ss. de la L.E.C., mi opinión es que sí, en contra de ello Fernando Salinas Molina (7) en su trabajo «Ejecución Definitiva de sentencias y otros títulos».

En cualquier caso, en los supuestos de clara imposibilidad de cumplimiento específico de obligaciones de hacer o de dar piénsese por ejemplo en obligaciones personalísimas y en pérdidas de las cosas que se deben de entregar, la única vía de reparación para el ejecutante será la indemnización de daños y perjuicios.

Se debe examinar en primer lugar el presupuesto de hecho que se debe de dar para que se pueda aplicar el apremio pecuniario.

El artículo 239 declara: «Frente a la parte que requerida al efecto dejara transcurrir injustificadamente el plazo concedido sin efectuar lo ordenado y mientras no cumpla o no acredite la imposibilidad de su cumplimiento...».

Hay que partir de la base de la necesidad de un previo requerimiento por parte del órgano judicial; este requerimiento no se debe de entender en el estricto término procesal que se suele emplear para distinguido de las citaciones y emplazamientos y cuya nota diferenciadora es la posibilidad del demandado de

18

Fernando Salinas Molina (7) en su trabajo «Ejecución Definitiva de sentencias y otros títulos». Relaciones laborales.Rev crítica de teoría y práctica.1990

consignar una respuesta a la orden requerida y digo esto por la razón que el requerimiento tal y como lo contempla el artículo 274 de la L.E.C. se debe de hacer en el domicilio del ejecutado o en la Secretaria o Servicio Común si allí comparece el deudor, artículo 55, pero nunca se podrán efectuar por correo certificado, artículo 56 y ni por publicación de edictos, artículo 59, lo que ocasionará que en los casos en que se ignore el domicilio del ejecutado, éste se haya trasladado, resulte imposible su notificación personal o por otra circunstancia, si entendemos el término «requerido el efecto» en ese sentido estricto no se podrá imponer el apremio.

La solución debe ser una interpretación más acorde con la realidad, piénsese que la finalidad de que el requerimiento se haga en persona es que el requerido pueda consignar una respuesta, pero poca respuesta puede presentar dado la limitación de la cognitio judicial en la ejecución y la fuerza de cosa juzgada del título, además de que la imposibilidad de cumplimiento de la ejecución es más propio que se articule mediante un escrito presentado en el Juzgado, que por una contestación al requerimiento que además se consigna sólo sucintamente en la diligencia que extiende el agente judicial, artículo 276 de la L.E.C. y 60 de la L.RJS. Fernando Salinas Molina (7)

El ejecutado al que se ha notificado por correo, el auto despachando ejecución ya sabe que su obligación es cumplir la sentencia.

Esta especialidad respecto a la forma de efectuar el requerimiento es aplicable a todas las resoluciones que se dictan en ejecución ya que todas ellas, o casi todas contemplan ordenes dirigidas al ejecutado, por ejemplo: “requiérase al ejecutado para que abone el principal o las costas o los intereses, requiérase al ejecutado para que realice tal o cual cosa, para que señale los bienes o derechos de su titularidad, para que presente los títulos de propiedad de las fincas embargadas» y un largo etcétera, con lo que una interpretación literal conllevaría a que en fase de ejecución la notificación por correo certificado con acuse de recibo desaparecería y ello siendo la forma de notificación típica del proceso laboral, al igual que sería imposible la notificación edictal y la de estrados, esta última verdadera salida de escape del tormento de notificaciones que se deben practicar en la ejecución.

Como se ve en ningún Juzgado de lo Social se practica, salvo alguno que cuente con una legión de agentes judiciales.

Señalar por último que la situación más frecuente del ejecutado laboral es la de que se encuentra en «ignorado paradero» y por tanto y dicho con sarcasmo, la difícil situación de consignar una respuesta al requerimiento si admitimos alguna respuesta distinta a la obligación de pago del principal que no sea el pago de lo debido.

El apremio puede ser aplicado tanto a obligaciones de dar, incluidas los de entregar dinero, como a los que consiste en un hacer o no hacer.

19

Fernando Salinas Molina (7): "Ejecución laboral y su incidencia en la LEC"
Ed. Estudia Iuridica. 2003 págs 167 a 170.

Quizás en la mente del legislador se encontrase la garantía del cumplimiento de estas últimas obligaciones para conseguir su cumplimiento específico, si bien como dijimos antes en caso de imposibilidad acreditada de su cumplimiento no cabe sino su sustitución por una indemnización de daños y perjuicios.

Respecto a las obligaciones dinerarias se debe de entender que estos apremios son compatibles con el devengo de intereses del artículo 576 de la L.E.C. ya que el precepto laboral no los excluye.

Los módulos que debe tener en cuenta el órgano ejecutor para su imposición son los siguientes:

A) Finalidad del apremio: no se sabe como se va a valorar este daño ya que la finalidad de la astrictión es siempre la misma: que el ejecutado cumpla la ejecutoria.

B) La resistencia al cumplimiento: los elementos de valoración deben ser el examinar si el incumplimiento o el retraso es debido a una causa ajena al deudor por ejemplo falta de liquidez, exceso de pérdidas, crisis económica si bien estas circunstancias se deberían articular mediante los oportunos acuerdos de aplazamientos o suspensiones de la ejecución ya vistos.

C) La capacidad económica del ejecutado: en este terreno entramos en el campo de lo absurdo ya que si el ejecutado es económicamente fuerte lo que se tendría que imponer es el apremio pecuniario en su grado máximo, si bien lo que resulta verdaderamente triste es que al órgano ejecutor le conste la excesiva liquidez del ejecutado y por el legislador y el poder ejecutivo no se faciliten al Juzgado de lo Social los suficientes medios para trabar los saldos que tenga el ejecutado en las Entidades Financieras.

Si el ejecutado cumple la obligación con la debida prontitud o justifica el retraso o la imposibilidad del pago el Art. 239 de la norma procesal permite reducir o dejar sin efecto el apremio.

El destinatario de lo obtenido con el apremio es el Tesoro Público, con lo que el Juzgado deberá ingresar dicha suma también en el Banco Bilbao Vizcaya si bien en una cuenta distinta de la de «depósitos y consignaciones judiciales». Este destino del apremio justifica su compatibilidad con los intereses del artículo 576 de la L.E.C. ya que no se abonan al acreedor perjudicado.

La cuantía de esta constrictión puede ser muy alta ya que la Ley establece que su cuantía puede alcanzar a la cuantía máxima previstas para las multas en el Código Penal por cada día de retraso, en la actualidad se podrá por tanto hasta (601,01 euros) por cada día.

Ríos Salmeron (6) entiende dudosa la legalidad de esta sanción ya que de conformidad con el artículo 25 de la Constitución éstas sólo se pueden imponer con ocasión de acciones u omisiones que constituyen delito, falta o infracción administrativa, con lo que el requisito de la tipicidad queda difuminado.

En mi opinión, la crítica de esta institución viene más por el camino de su efectividad práctica ya que la efectividad de las resoluciones judiciales y su pronta ejecución viene determinado más que por la imposición de apremios, que lo único que hacen es incrementar la cantidad por la que se despachará la ejecución, por la adopción por el poder legislativo y el ejecutivo de medidas que permitan una fácil localización de los bienes fácilmente realizables y en especial el dinero, lo que sólo se puede conseguir con una ágil conexión de datos bancarios.

Volveré más detenidamente sobre este aspecto al tratar de la ejecución dineraria.

b) *Las Multas coercitivas*

El apremio se puede extender también a terceros que incumplan su obligación de colaborar en la ejecución, artículo 148 de la Constitución. En estos casos la sanción se denomina multa coercitiva y la concreción del mandato constitucional tiene su expresión en el artículo 75.2º de la L.R.J.S. que establece que: «Quienes no sean parte en el proceso deben cumplir las obligaciones que les impongan los Jueces y Tribunales ordenadas a garantizar los derechos que pudieran corresponder a las partes y a asegurar la efectividad de las resoluciones judiciales».

El precepto es de clara y directa aplicación a peritos y a depositarios de los bienes embargados que incumplan sus funciones a excepción de los depósitos y peritajes del Fondo de Garantía Salarial y Entidades Gestoras por tratarse de organismos públicos; pero también se puede hacer extensivo a entidades que están obligados a informar sobre la existencia de bienes o derechos del ejecutado como por ejemplo las Entidades financieras.

c) *Supuestos especiales en caso de despido*

La concreta obligación de readmitir al trabajador despedido en su puesto de trabajo merece especial protección por el legislador, tutela que se ve aumentada en el caso de que el despedido sea una representante legal o sindical de los trabajadores.

Los casos que recoge el texto articulado fuera del artículo 239 son los siguientes:

20

I. Despido improcedente: En los casos en que proceda la readmisión por haber optado así expresamente el empresario, o por no haber ejercitado la opción en el plazo de 5 días desde la notificación de la sentencia, artículo 56 del E.T. y ésta no se produzca la obligación sustitutoria de indemnización del auto extintorio se puede ver aumentada.

En efecto y aunque la Ley no lo designe con el nombre de apremio o multa el incremento de la indemnización funcionará como estímulo psicológico al empresario tendente a que la readmisión se produzca ya que se podrá fijar una indemnización adicional de hasta 15 días de salario por año de servicio con un máximo de doce mensualidades, artículo art 281.2º b) de la L.R.J.S.

2. Despido nulo: El artículo 282 LRJS configura en los supuestos de despido nulo, -al ser la readmisión obligatoria y sin posibilidad de indemnización sustitutoria al ejecutarse la sentencia en sus propios términos-. una multa cuya cuantía no podrá ser inferior al importe del salario diario ni superior al cuádruplo de dicha suma por cada día de retraso en la readmisión del despido.

Este especial apremio pecuniario ha sido eliminado de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

3. Despido de un representante legal o sindical de los trabajadores: Si el empresario le impide el ejercicio de sus actividades representativa, el Art. 282 si bien no permite al órgano judicial la imposición de sanción alguna, si obliga al ejecutor a ponerlo en conocimiento de la autoridad laboral; que podrá sancionar su conducta de conformidad con lo dispuesto en la Ley sobre infracciones y sanciones del orden social.

d) *Posible intervención de organismos administrativos en la fiscalización del cumplimiento de las sentencias*

Como se dijo anteriormente puede ocurrir que el pronunciamiento de la sentencia contenga una condena al empresario a un hacer o un no hacer o permitir cierta actividad, por ejemplo cuando la sentencia establece que las funciones que debe realizar el trabajador son las correspondientes a su categoría y que el empresario debe permitir su realización por aquél.

Puede ocurrir que en muchos casos solicitada la ejecución sea muy difícil que el órgano judicial pueda por sí sólo acreditar si está cumpliendo la sentencia, por ello es conveniente que previamente a la adopción de cualquier medida de ejecución se recabe el oportuno informe a la Inspección de Trabajo para que indique si se está verificando el cumplimiento de la sentencia ya que la comprobación del ajuste de las funciones que realiza un trabajador a su categoría profesional es cometido propio de la Inspección dado los amplios términos del artículo 1.1º de la Ley 39/62 reguladora de este organismo.

La actuación fiscalizadora de este organismo puede por otro lado motivar la iniciación de un procedimiento sancionador frente a la empresa incumplidora artículos 95.10º del E.T. y 51 de la Ley sobre infracciones y sanciones del orden Social.

VIII. LOS TITULOS DE EJECUCION..

No contempla la L.R.J.S. en el articulado que dedica a la ejecución una serie de preceptos que regulen los requisitos de los títulos de ejecución así como la lista de éstos que acceden a la ejecución forzosa por lo que es necesario su estudio detallado.

A. Concepto

Para Montero Aroca (2) el título ejecutivo es el documento que incorpora la obligación de la parte contra la cual se ha dirigir la ejecución, determinando sus titulares activo y pasivo, la medida y alcance de los actos ejecutivos y dando origen al deber de los órganos judiciales de realizar la actividad ejecutiva. La importancia del título ejecutivo es tal que como hemos visto en la fase de ejecución ya no se podrá discutir sobre la validez de la obligación que en él se contiene ya que ello tuvo lugar en la fase declarativa y lo contrario supondría dejar sin efecto esta fase anterior y por tanto la propia fuerza ejecutoria de dicho título.

Por otro lado la iniciación de la ejecución exige no sólo la mera manifestación del ejecutante de afirmación del derecho recogido en la sentencia, sino que se exige al acreedor una fehaciente prueba de dicho derecho que consiste en la exhibición del documento que contemple dicho derecho que es el título ejecutivo.

Se ha discutido mucho doctrinalmente sobre la denominación que se debe de dar a estos documentos de ejecución.

La confusión terminológica deriva de la naturaleza que se quiera dar al juicio ejecutivo de la L.E.C.

En efecto hay documentos que en terminología de la L.E.C., que llevan aparejada ejecución y entre ellos por ejemplo la letra de cambio, que en realidad no conllevan una ejecución directa e inmediata, sino que únicamente dan lugar a un proceso declarativo eso sí sumario, pero no por ello deja de ser un declarativo en el que el deudor puede oponer diversas causas y alguna de ellas de gran amplitud como por ejemplo la nulidad de la obligación (Art. 1.467.1º de la L.E.C.).

En cambio hay otros documentos como por ejemplo sentencias, actos de conciliación que dan paso directamente a la ejecución, sin juicio previo y que son los que merecen estudio ahora y que se deben denominar títulos ejecutorios para diferenciarles de los títulos ejecutivos reservados anteriormente.

B. Requisitos

21

Montero Aroca (2): "La ejecución provisional de sentencias en el proceso laboral"
Ed. Tirant Lo Blanch. 1999.

El título debe estar formalmente constituido para que sea válido y la obligación en él contenida ha de estar definitivamente establecida y determinada, además de ser líquida, vencida y exigible.

La constitución formal del título en el caso de que se trata de una sentencia no plantea problemas ya que el presentado por el ejecutante se podrá confrontar fácilmente con el testimonio de la sentencia que obre en los autos de juicio o con la sentencia original que se encuentre en el Libro de Sentencias con lo que será suficiente con que el ejecutante presente una copia simple de dicha resolución. La misma solución se debe de aplicar cuando lo que se quiere ejecutar sea un auto o una conciliación judicial.

Si el título de ejecución es una conciliación extrajudicial parece que por analogía con lo dispuesto en el artículo 81.2º de la L.R.J.S. el ejecutante deberá aportar certificación del acto de conciliación.

La obligación a ejecutar además ha de estar definitivamente establecida. La obligación tiene este carácter cuando no es susceptible de modificación.

Los casos en que una sentencia puede ser modificada son en primer lugar y con un alcance muy limitado las posibles aclaraciones de errores, omisiones o puntos oscuros que se puedan producir por las peticiones de aclaraciones al amparo de lo dispuesto en el artículo 267 de la L.O.P.J.

En segundo lugar y como más importante el requisito de la inmodificabilidad de las sentencias va unido a su firmeza, bien porque ab *initio* no quepa recurso alguno frente a ellas, artículo 189, bien al haber adquirido dicha firmeza tras la resolución del oportuno recurso de suplicación o casación en su caso.

Respecto a la firmeza de los autos ejecutables, ésta se alcanzará en su caso una vez transcurrido el plazo de tres días para interponer el recurso de reposición, artículo 186 o de cinco días para el recurso de súplica, artículo 185, o tras la resolución de dicho remedio, o incluso en algunos supuestos tras la resolución del posible recurso de suplicación frente a dicho auto resolutorio de la reposición, artículo 189.2º o casación frente al auto resolutorio del recurso de súplica, artículo 204.2º.

Por lo que respecta a la ejecución de los actos de conciliación hay que considerar que la obligación a ejecutar se entiende inmodificable cuando han transcurrido los plazos para impugnar dicho acuerdo y que son treinta días para la conciliación administrativa y quince días para la judicial, artículos 67.2º y 84.5º de la L.R.J.S.

La excepción al requisito de firmeza de la obligación para acceder a la ejecución, la constituye la posibilidad de ejecución parcial; en efecto el artículo 240 del texto refundido nos advierte que «podrá ejecutarse parcialmente la sentencia, aunque se hubiere interpuesto recurso frente a ella, respecto de los pronunciamientos de la misma que no hubieren sido impugnados.»

Como se dijo al principio esta ejecución está contemplada para supuestos de estimación parcial de la demanda y recurso del actor que solicitará la ejecución de la condena estimada en parte y es posible también para el caso de condenas distintas a diferentes codemandados y recurso sólo de alguno de ellos lo que podría conllevar la ejecución frente a los no recurrentes.

Más dudosa se presenta la admisibilidad de la ejecución parcial en el caso de condena solidaria a diferentes codemandados y posterior recurso sólo de alguno de ellos ya que la ejecución parcial se admite sólo por el artículo 242 de la LRJS, *frente a los pronunciamientos pacíficos pero no respecto a pronunciamientos impugnados sólo por parte de los condenados; además de que la revocación de la sentencia por Tribunal Superior dejará sin efecto la condena respecto de todos los condenados.*

Aunque es plausible la introducción de este tipo de ejecución ya que se trata de hacer cumplir cuanto antes pronunciamientos pacíficos por no ser discutidos, en la práctica se pueden plantear problemas complejos ya que es necesario delimitar de forma muy precisa el alcance condenatorio que en ocasiones se podrá encontrar tras un estudio de los escritos de interposición e impugnación del recurso (piénsese por ejemplo en los supuestos en que el condenado recurrente acepta en el escrito de interposición del recurso parte de la condena).

Además en cualquier caso lo actuado en ejecución puede verse privado de efecto alguno cuando el Tribunal «Ad quem» decreta la nulidad de actuaciones.

Rios Salmeron (6), es partidario de la resolución de estos supuestos de ejecución parcial con las reglas previstas para la ejecución provisional.

La no firmeza de la sentencia no impide que el beneficiado por ello inste la ejecución provisional. Este mecanismo procesal permite al trabajador o beneficiario de la Seguridad Social anticipar el cumplimiento del fallo de la sentencia no obstante el recurso que se interpuso frente a ella.

La nueva Ley amplía el campo de aplicación de los anticipos reintegrables y de la ejecución de las sentencias de Seguridad Social, manifiesta Ordeig Fos (21) posibilitando la ejecución de diversas sentencias. Las recaídas en conflictos colectivos, impugnación de convenios y procesos de tutela de derechos fundamentales, si al tradicional pronunciamiento declarativo se une otro de condena permita su ejecución, artículo 303 LRJS.

La estrechez de la ejecución provisional en la anterior L.P.L. criticada por la doctrina laboral y procesal ha sido corregida en el actual texto al permitir el artículo 305 de la LRJS la ejecución provisional en la forma de la L.E.C. en los casos en que aquélla no tenga apoyo en los preceptos de la norma procesal laboral.

22

Rios Salmeron (6): "Curso de procedimiento Laboral"
Ed. Tecnos 2012

Ordeig Fos (21): "Sistema español de la Seguridad Social"
Ed. Derechos Reunidos, 1982, pág. 278

Por otro lado la obligación sobre la que se insta la ejecución ha de ser líquida es decir, estar determinada cuantitativamente.

El artículo 99 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, es taxativo al respecto: «Las sentencias en que se condene al abono de una cantidad, el Juez o Tribunal la determinará expresamente, sin que en ningún caso pueda reservarse tal determinación para la ejecución». Ahora bien este precepto debe quedar limitado a las sentencias resolutorias de demandas en las que se

postula el abono de una cantidad ya que si se acciona por despido el fallo de la sentencia sólo determinará con precisión la cuantía de la indemnización pero no los salarios de tramitación ya que se ignora el día de la notificación de la sentencia o el día de la posible readmisión, con lo que bastará con precisar que son los devengados desde el día del despido hasta la fecha de notificación de la sentencia para el despido improcedente, artículos 110 de la L.R.J.S. y 56.1.b) del E.T., y desde el día del despido hasta el día en que tenga lugar la readmisión en el caso de despido nulo, artículos 113 de la L.R.J.S. y 55.6.del E.T.).

Debo reiterarme aquí en lo ya expuesto al tratar de la ejecución sustitutiva en las obligaciones de hacer, de no hacer o de dar respecto a la flexibilización de la anterior jurisprudencia prohibitiva de los incidentes de liquidación de sentencias en estos casos, dada la amplitud con la que se debe entender el incidente del artículo 238 de la L.R.J.S. para poder concretar el importe de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la sentencia.

Además la obligación debe de estar determinada para poder ejecutarse correctamente.

No se da esta determinación en los supuestos de obligaciones alternativas. En estos casos el obligado a diversas prestaciones alternativas debe cumplir por completo una de estas, artículo 1.431 del Código Civil, fijándose por el órgano ejecutor un plazo al deudor para que opte por una de las obligaciones y en caso de no hacerlo en el mencionado plazo la elección corresponderá al actor.

Como caso típico de condena alternativa figura la del despido improcedente en la que el empresario opta entre la readmisión o la indemnización, salvo en los supuestos de representantes legales o sindicales de los trabajadores en los que corresponde a éstos la elección. (artículos 56.2º y 3º del E. T. y 108 Y 112 de la L.R.J.S.).

Como últimos requisitos de la obligación recogida en el título se pueden señalar la del vencimiento y exigibilidad de la obligación.

El artículo 1.125 del Código Civil establece que «Las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto, serán exigibles cuando el día llegue».

A los efectos de la ejecución laboral el empresario goza de un plazo de 10 días a partir de la notificación de la sentencia para señalar la fecha de readmisión del trabajador despedido, artículo 278 de la L.R.J.S., por lo que en principio antes de ese plazo no se podría ejecutar dicha sentencia.

Por lo que respecta a la exigibilidad de la obligación, esta condición no se dará si el cumplimiento de la prestación del deudor depende de la contraprestación del acreedor, artículo 1.124 del Código Civil, o de una condición suspensiva ya que la exigibilidad de la obligación dependerá del acontecimiento que constituya la obligación, artículo 1.114 del Código Civil.

C. Clases de títulos

Como se adelantó anteriormente la L.R.J.S. no regula cuáles son los títulos que acceden a la ejecución ni contempla una regulación de sus requisitos.

De forma tangencial al regular la competencia, artículo 237.2° se hace una indirecta referencia a una clase de títulos que pudiéramos llamar extrajudiciales, si bien en clara contradicción, con la denominación que se da al Libro Cuarto que se denomina «De la ejecución de Sentencias" como si fuera sólo esa resolución judicial la que faculta la ejecución.

Las clases de títulos de ejecución y su enumeración es fundamental dado las consecuencias de la actividad ejecutoria tanto sobre el patrimonio del ejecutado como sobre otros derechos, debiendo considerarse por tanto que sólo los títulos que ahora se verán dan acceso a la ejecución, y ello debido a las consecuencias que la actividad ejecutoria de los órganos judiciales tiene tanto sobre la esfera personal como sobre el patrimonio de los ejecutados.

Dicho lo anterior es procedente estudiar individualmente cada título de ejecución comenzando por el más frecuente y que en la mente del legislador aparece como único.

a) *Sentencias de condena*

Nos encontramos sin duda ante el título más importante pero no el único como se verá.

En primer lugar hay que señalar que no todas las sentencias son ejecutables sino sólo las que impongan una condena, es decir una prestación al demandado, la cuál al no ser cumplida voluntariamente por el condenado, faculta al acreedor para solicitar su ejecución forzosa al órgano judicial.

Como se dijo en el comienzo de la presente exposición las pretensiones declarativas y constitutivas se agotan con la terminación de la fase declarativa del proceso y no exigen una actividad posterior ejecutiva del deudor o del órgano judicial, o si se precisa, esta es tan sencilla que no merece ser tachada de ejecución.

Así las sentencias meramente declarativas se limitan a la constatación de una situación jurídica ya existente, por ejemplo si la demanda postula nada más que se declare que unas determinadas lesiones sufridas por un trabajador fueron consecuencia de un accidente de trabajo, sin reclamar el pago de cantidad alguna frente a nadie, la sentencia estimatoria no podrá ser ejecutada. Muchos de los procesos de conflicto colectivo terminan con una sentencia de este tipo si el pronunciamiento se limita a dar certidumbre a través de la interpretación del precepto discutido a un derecho discutido en el pleito sin contener un pronunciamiento de condena a prestación alguna al empresario.

Por la misma razón no son ejecutables tampoco las sentencias constitutivas, mediante las que se constituye una relación jurídica que no existía o se modifica o extingue la que ya había nacido.

Además de algunas sentencias recaídas en procesos de conflictos colectivos, revisten un carácter meramente constitutivo las sentencias recaídas en la modalidad procesal de «materia electoral» regulado en los artículos 127 y ss. de la L.R.J.S. ya que el fallo que declare la nulidad del proceso electoral o la elección de algún representante queda agotado en su cumplimiento con la comunicación que de esa sentencia se deba de hacer al oportuno registro público, artículo 132.1º b) de la L.R.J.S.

En este apartado, es necesario resaltar por su importancia práctica la posibilidad de ejecutar o no las sentencias recaídas en procesos de *conflictos colectivos*.

Tradicionalmente se había considerado por la jurisprudencia y doctrina social que las sentencias colectivas por su carácter normativo y siendo ejemplo de sentencias meramente declarativas no eran ejecutables directamente sino que por el contrario sólo facultaban a los beneficiados por ellas a instar el correspondiente proceso declarativo ordinario en el que se reclamasen y cuantificasen las cantidades que reconocía genéricamente la sentencia colectiva el reconocer un determinada derecho a este grupo de trabajadores considerado en abstracto.

En este posterior proceso individual la sentencia normativa desplegaría los efectos positivos de la cosa juzgada, es decir el efecto prejudicial de tal modo que esta sentencia posterior no podría ignorar lo ya resuelto en el conflicto colectivo.

Ahora bien tal y como se señala por la sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de mayo de 1988 en algunos procesos de conflicto colectivo «no se reclama tanto la interpretación de una norma de alcance general, como el cumplimiento de una obligación que afecta a un grupo de trabajadores...» por lo que, continúa argumentando la sentencia del Tribunal, si la resolución judicial incluye en su fallo, conjuntamente con la declaración de derechos, pronunciamiento típico del conflicto colectivo, un pronunciamiento de condena más detallado, la sentencia se podrá ejecutar.

Es necesario distinguir, según señala Montero Aroca (2), tres supuestos respecto a la ejecución de la sentencia de conflicto colectivo:

- Si la sentencia es desestimatoria: no existe ejecución posible.
- Si la sentencia es estimatoria pero la pretensión era meramente declarativa, tampoco es posible la ejecución.
- Si la sentencia es estimatoria, pero de una pretensión de condena, la sentencia será ejecutable.

b) *Resolución judicial aprobando la tasación de costas*

Aunque la mayoría de los autores exigen que la resolución judicial que apruebe la tasación de costas sea un auto, nada impide que se pueda hacer por providencia, aunque en el caso de que ésta se impugne por alguna de las partes, la resolución judicial parece ser que deberá revestir la forma de auto. (Arts 369 de la L.E.C. y 245 de la L.O.P.J).

Aunque este tema se estudiará con detenimiento más adelante, apuntar solamente varias cuestiones.

En primer lugar para la tasación de costas son de aplicación lo dispuesto en los Arts. 421 y s.s. y 950 de la L.E.C.

La fase de ejecución supone el término de la gratuidad de la justicia en el proceso laboral, ya que según el Art. 25 de la L.P.L. sólo comprende ésta hasta la ejecución de sentencia.

Respecto al momento procesal en que se acuerda dicha resolución, aunque el Art. 267 de la L.R.J.S. no lo dice directamente, deberá ser el final de la ejecución, una vez cubierta la cantidad principal, ya que sólo en ese momento se podrá saber el importe total de los gastos de la ejecución. Por lo tanto dicha resolución judicial, se adopta en el seno de otra ejecución que es la principal, por lo que su estudio en este momento obedece a que en este caso es otro el título que permite la actividad ejecutiva, no es ahora la sentencia o la conciliación sino otro título que contiene otra obligación distinta que es la del ejecutado que debe sufragar los gastos ocasionados por la actividad de ejecución.

Con todo, este título ejecutorio sólo será de posible ejecución en el caso de que exista sobrante después de abonado el principal e intereses, dado el riguroso orden de aplicación de lo obtenido en subasta que ordena el artículo 268, o en el supuesto de que existan otros bienes sobre los que hacer traba legal para responder de esas costas.

Merece estudio especial el supuesto concreto del artículo 235 de la L.R.J.S. Este caso es singular ya que la sentencia resolutoria del recurso de suplicación o casación puede imponer una condena de costas que no fue establecida en la sentencia de instancia.

23

Montero Aroca (2): "Ejecución provisional de sentencias en el proceso laboral"
Ed. Tirant Lo Blanch. 1999, págs 224ss

Efectivamente el Art. 235 LRJS señala que: la sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso, excepto cuando goce del beneficio de justicia gratuita.

Las costas incluirán los honorarios del Abogado de la parte contraria que hubiera actuado en el recurso, sin que dichos honorarios puedan superar la cantidad de 601,01 euros en recursos de suplicación y de 901,52 euros en recursos de casación.

En estos casos el título de ejecución será no la sentencia de instancia sino la del Tribunal que dictó la sentencia resolutoria del recurso en lo que respecta a la condena por costas.

El precepto no obstante es de una compleja redacción lo que ocasiona una difícil interpretación que motivará grandes problemas en la práctica.

En primer lugar dicho artículo supone una excepción a la regla establecida en el artículo 25 de la L.R.J.S. que establece la gratuidad de la justicia hasta la fase de ejecución de sentencia, aunque ya dicho precepto se cuidaba en su redacción de señalar que la gratuidad lo era «con las excepciones previstas en la presente ley», pues bien ésta es una de las excepciones.

Por lo que respecta al alcance de la condena en costas y la excepción de su imposición a los que gocen del beneficio de justicia gratuita me remito al trabajo publicado en la Actualidad Laboral núm. 38 del año 1991 bajo el título «El principio de justicia gratuita y los gastos procesales en el procedimiento laboral», de Andino Axpe (10).

Lo que aquí importa es que será la sentencia del Tribunal Superior o del Tribunal Supremo, que cuantía, que el importe de los honorarios del Letrado del recurrido con los máximos de 601,01 euros, para la suplicación y 901,52 euros para la casación y sólo si la sentencia de dichos Tribunales imponen esa condena se podrán ejecutar.

Mayores problemas presenta la posible condena en costas que la sentencia resolutoria del recurso puede imponer a la parte recurrente que ve desestimado su recurso y no goza del beneficio de justicia gratuita.

En estos casos el problema deriva de que a diferencia de los honorarios del Letrado del recurrido que vendrán determinados en la sentencia, estas costas se deberán tasar previamente a ser reclamadas. Una vez fijadas por la Sala los honorarios del Letrado del recurrido que será la partida de las costas más importante sólo quedarán por incluir en ésta los gastos que se hayan podido derivar de la publicación en los boletines oficiales de algún edicto de notificación, al estar suprimidos hace tiempo las tasas judiciales.

24

Andino Axpe (10) : "Principio de justicia gratuita y aspectos procesales en el Derecho Laboral" Actualidad Laboral, nº 38 1999

c) Auto extintorio de la relación laboral

Las especialidades de este capítulo de ejecución derivan de su posibilidad de ser recurrido en suplicación y de la necesidad previa de haberse ejecutado una sentencia de despido.

Por lo que respecta a la necesaria firmeza de este auto para que se pueda ejecutar hay que señalar que en principio cabe frente a él, el recurso de reposición del artículo 186 de la L.R.J.S. y que frente al auto resolutorio de esta reposición cabe un posterior recurso de suplicación, artículo 191.2º, o de casación, artículo 205 LRJS en este último caso el recurso previo debe ser el de Suplica ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior.

Este auto extintorio supone una excepción a la regla general de irrecurribilidad en Suplicación o Casación de los autos dictados en ejecución de sentencia, y su razón de ser radica en que en ellos se resuelven puntos sustanciales no decididos en la sentencia, ya que en la sentencia de despido no se pudo resolver sobre un hecho que en principio es posterior a dicha sentencia y que es la readmisión del trabajador.

En segundo lugar aunque considero el auto extintorio de la relación laboral como un nuevo título ejecutivo, en realidad el título que realmente abrió la ejecución fue la sentencia de despido improcedente y la posterior opción del empresario por la readmisión o transcurso del plazo de cinco días sin realizar la opción, artículos 110 y 276 y s.s. de la L.R.J.S., aunque la primitiva obligación de readmitir al trabajador que origina una primera ejecución por dicha obligación, se transforma en una nueva obligación dineraria al dictarse el auto extintorio de la relación laboral, artículo 281 LRJS, respecto a la condena de la indemnización y salarios de tramitación, lo que obliga a la consideración de esta resolución como un título de ejecución autónomo.

Estamos ante una transformación de una obligación de hacer consistente en la readmisión, en otra que supone un abono de una indemnización de daños y perjuicios si bien tasados legalmente por el Art. 281 de la L.R.J.S.

Señalar por último que no sólo la sentencia de despido improcedente puede motivar la aparición del título de ejecución del auto extintorio, sino también la sentencia de despido nulo, cuando la readmisión en sus propios términos sea imposible por cese o cierre de la empresa obligada, artículo 286 LRJS, posibilitando la ley una especie de «vía de escape» a la en ocasiones difícilísima ejecución de forma específica.

Auto de jura de cuentas

La intervención del Procurador y del Abogado en el proceso laboral difiere según la fase del procedimiento y por tanto la reclamación de sus honorarios es distinta según en qué momento se dé su actuación profesional.

Además, el título de ejecución que sirve para reclamar estos honorarios puede ser tanto el auto al que nos vamos a referir como también una sentencia.

En la instancia la intervención del Procurador y del Abogado es facultativa y el que utilice los servicios de estos profesionales deberá abonar sus derechos y honorarios, artículos. 18, 21.1.y 25 de la L.R.J.S., salvo que se goce del beneficio de justicia gratuita por declaración legal (trabajadores, beneficiarios de la Seguridad Social y organismos públicos) o por haber obtenido dicho beneficio por reconocimiento judicial (empresarios) en cuyo caso tienen derecho al nombramiento de Abogado de oficio sin necesidad de abonar sus honorarios.

Ahora bien, dejando a salvo estos supuestos la parte que utilice esos servicios. Deberá abonarlos y la forma de reclamarlos por el Abogado y Procurador es el procedimiento de jura de cuentas.

En otros supuestos el título para reclamar los honorarios y derechos no será el auto de jura de cuentas sino una sentencia y la parte que deberá abonar esas sumas no será la que utilizó dichos servicios, sino la contraria.

Así ocurre cuando la sentencia de la Sala de lo Social impone el pago de los honorarios del Letrado del recurrido al recurrente que ve desestimado su recurso, artículo 235 de la L.R.J.S.

Otras veces el título es la resolución judicial que aprueba la tasación de costas artículo 269 LRJS ya que en ejecución las costas son a cargo del condenado en la sentencia, artículo 576 de la L.E.C., pudiendo incluirse en la tasación de éstas los honorarios y derechos de Abogados. Procuradores y Graduados Sociales.

En estos dos supuestos no será necesario acudir al procedimiento de jura de cuentas ya que la sentencia y la resolución judicial aprobatoria serán suficientes para ejecutar.

En otras ocasiones es obligado pagar los honorarios del Abogado no porque se hayan utilizado sino debido a que la sentencia impone su abono a la parte contraria cuando el Juzgador estima que el empresario obró de mala fe o con notoria temeridad, artículo 97.3º de la L.R.J.S., en este caso el empresario deberá abonar los honorarios de su Letrado y también los de la parte contraria.

En los casos en que estos profesionales no vean satisfechos sus honorarios o derechos bien porque su cliente no los abona o bien porque la parte contraria ha sido condenado a su pago en sentencia. La L.E.C. arbitra un procedimiento rápido para su reclamación que es el previsto en el artículo 34 para los Procuradores y en el artículo 35 para los Abogados.

Nota común a ambos es que el profesional deberá presentar una minuta detallada y justificada de las cantidades debidas y no satisfechas lo que originará sin más que el órgano ejecutor dicte un auto que aquí será el título de ejecución en el que se requerirá al obligado para que proceda a su abono en un plazo no superior a diez días bajo apercibimiento de apremio.

Si lo que se reclaman son los honorarios del Abogado, el artículo 35 de la L.E.C. permite la impugnación del auto que fije su cuantía, entiendo que debe

ser en el preclusivo plazo de tres días y por medio del recurso de reposición, lo que originará que el órgano judicial se dirija al Colegio de Abogados para que emita el oportuno dictamen, que unido al recurso de reposición y la posible impugnación del Letrado, serán tenidos en cuenta por el ejecutor para resolver lo oportuno sobre el importe de éstos por medio de auto que no podrá ser objeto de posterior recurso.

e) *Conciliación judicial*

El acuerdo alcanzado ante el órgano judicial en el caso de que sea incumplido por el deudor puede ser ejecutado y llevado a efecto por los trámites de ejecución de sentencias, artículo 84.5º de la L.R.J.S.

- Tradicionalmente las normas procesales laborales habían atribuido a la conciliación judicial una fuerza ejecutiva similar a la que la sentencia y digo similar ya que sus efectos frente a terceros no son los mismos que los que produce la resolución judicial como se verá.

Esta fuerza ejecutiva era por otro lado, mayor que la que se otorgaba a la conciliación extrajudicial a la que se le podían oponer diversas excepciones y causas de nulidad que desvirtuaban la posibilidad de ejecución directa de dicho título, artículo 67 LRJS.

Es indudable que la conciliación judicial no es más que una especie del género de las transacciones que según el artículo 1.809 del Código Civil suponen "un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado», si bien este carácter contractual lo aleja como veremos de diversos efectos propios de la sentencia.

La fuerza ejecutiva a la que se refiere la L.R.J.S. es una consecuencia de lo dispuesto con carácter general para toda transacción judicial ya que el artículo 1.816 del Código Civil expresa que la transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada con lo que no es posible otro proceso posterior entre las mismas partes y con idéntica pretensión, especificando a continuación dicho precepto que «no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial», con lo cual quedan fuera de la ejecución procesal otra serie de acuerdos extrajudiciales, salvo la conciliación administrativa, a los que puedan llegar las partes del contrato de trabajo.

No obstante la nota típica resaltada por la doctrina civilista y por el propio artículo 1.809 del Código Civil, de la transacción que es las mutuas concesiones de las partes, tiene mal encaje con la prohibición de renuncia de los derechos indisponibles por parte del trabajador que establece el Art. 3.5.º del E. T. y con el mandato que el legislador dirige al Magistrado conciliador de no aprobar acuerdos que supongan una lesión grave, un fraude o un abuso de derecho artículo 84.2º de la L.R.J.S.

Lo anterior de seguirse estrictamente supondría un excesivo celo del Magistrado que conllevaría en muchos casos a no aprobar avenencia alguna, con lo que la finalidad de evitación del proceso y la incertidumbre de la sentencia se vería malograda.

La conciliación judicial esta sometida, para poder ser ejecutada a la condición de que no sea impugnada.

El plazo para esa impugnación lo establece el artículo 84.5° en los treinta días siguientes a su celebración si bien y a diferencia de lo que prevé el artículo 67 de la L.R.J.S. para la impugnación de la conciliación administrativa no señala ni los motivos de la posible nulidad, ni tampoco aclara si terceros posibles perjudicados pueden ejercitar dicha acción.

Entiendo que estos terceros perjudicados pueden también estar legitimados para ello ya que el resultado de la conciliación les puede afectar directamente (piénsese en salarios o indemnizaciones reconocidas en conciliación judicial o despidos admitidos como improcedentes con sus oportunas indemnizaciones, todo ello conllevará mas obligaciones a cargo del SPEE (antiguo INEM) y del FOGASA (FGS).

Respecto a los motivos o causas de impugnación para Alonso Olea (11) y Gómez Orbaneja (1) contra lo acordado en esta conciliación no cabe recurso alguno, al no tratarse de una sentencia, extremo aclarado por el Art. 84.5° que indica que la acción se ejercita ante el mismo Juzgado o Sala por los trámites y recursos que la L.R.J.S. prevé para el proceso ordinario; y siendo por tanto su naturaleza la de un negocio jurídico material, por tanto lo procedente es la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos (Art. 477 de la L.E.C. y 1.261 y s.s. del Código Civil).

No obstante la posibilidad de que prospere la nulidad por vicios del consentimiento es escasa ya que la presencia del Magistrado, de cumplirse la intermediación, cosa imposible dado el volumen de asuntos y número de juicios a celebrar, es absoluta garantía de la libertad de los litigantes, además de que ésta se refuerza si los litigantes acuden al acto con Letrado o Graduado Social y que además difícilmente el mismo órgano judicial que concilió admitirá la nulidad de lo acordado y más si se tiene en cuenta la previa advertencia que se hace en el acto de los derechos y obligaciones a las partes (Art. 84 de la L.R.J.S).

Si se admitiese otro motivo de impugnación que sería el de haberse perjudicado derechos irrenunciables, nos encontraríamos con la misma dificultad ya que antes del juicio, éstos pueden estar faltos de prueba o prestarse a interpretaciones contradictorias.

Se dijo al principio que los efectos de la conciliación y la sentencia no se pueden equiparar del todo, por lo que respecta a terceros.

Así Montero Aroca (2) señala cuatro efectos propios de la sentencia y de los que no se beneficia la avenencia judicial:

25

Gómez Orbaneja (1):"Derecho y Proceso".1ed Civitas 2009

Montero Aroca (2):"La ejecución provisional de sentencias en el proceso laboral"
Ed. Tirant Lo Blanch.1999.

Alonso Olea (11):"Derecho Procesal del Trabajo".5ed Civitas Madrid.

- La preferencia que el Art. 1.924.3° del Código Civil concede a los créditos que consten en sentencia firme.
- Los efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad.
- La cosa juzgada en sentido positivo, el efecto prejudicial que ocasiona la sentencia anterior en un proceso posterior no es predicable a la conciliación judicial.
- Frente a terceros lo convenido en la conciliación ha de equipararse a un contrato. Si bien este inconveniente podría ceder si se admite como se vio la posibilidad de estos terceros de impugnar la conciliación ya que se podría considerar que con su inactividad han “consentido” el acuerdo.

A efectos prácticos hay que señalar la constante oposición del Fondo de Garantía Salarial a abonar indemnizaciones acordadas en conciliación judicial, ya que el Art. 33.2° del E.T. habla sólo de sentencia.

Argumento mercedor de rechazo es el no considerar acreditada la situación legal de desempleo cuando el SPEE afirma que el reconocimiento que hizo la empresa en conciliación de aceptar como improcedente el despido no es válido ya que según la entidad gestora debía considerarse nulo, dado los términos del Art. 1.1° c) del Real Decreto 625/85 de 2 de abril.

Por último se debe hacer referencia a las dificultades de ejecutar una conciliación en materia de despido con opción por la readmisión o viniendo ésta impuesta por imperativo legal.

Los problemas derivan que para determinar la indemnización y salarios del posible auto extintorio, o incluso para determinar si se ha producido una readmisión regular, Alonso Olea (11) no se encuentren en el acta de conciliación los datos básicos que sí figuran en una sentencia, como son entre otros el salario, la antigüedad, la fecha del despido, el lugar de trabajo y la categoría profesional, ya que son imprescindibles para ejecutar el título.

Hay que estimar que de no haber sido admitidos expresamente en el acto de conciliación por la empresa los datos que el demandante fijó en su demanda; la única solución en el estrecho cauce de ejecución es acudir a la vía incidental del Art. 238 de la L.R.J.S. en el que las partes efectuarán las alegaciones y articularán las pruebas oportunas para acreditar estos extremos.

De no adoptarse esta solución, la imposibilidad de ejecutar el título en estos casos originaría una indefensión prohibida por el Art. 24 de la *Constitución*.

26

Alonso Olea (11):" Derecho Procesal del Trabajo".5ed Civitas.Madrid.

f) Conciliación administrativa

Quizá sea éste título de ejecución el que más novedades presenta en la nueva Ley con respecto a los otros títulos clásicos de ejecución.

Es preciso hacer referencia a la introducción de otro posible y futuro órgano conciliador y a la necesaria distinción entre los efectos de la conciliación administrativa en los conflictos individuales y en los conflictos colectivos.

En efecto, el artículo 63 de la L.R.J.S. prevé que el intento de conciliación pueda celebrarse además de en el conocido órgano conciliador de la Dirección Provincial de Trabajo u otro órgano de la Comunidad Autónoma que haya asumido esta transferencia, también y aquí radica la novedad ante el órgano que asuma estas funciones, que podrá constituirse mediante los acuerdos interprofesionales o los convenios colectivos a que se refiere el artículo 83 del E. T."

Aunque será el futuro el que determine el alcance y la viabilidad de estos órganos, se está pensando en entidades posiblemente de composición paritaria, es decir con representación de la empresa y de los trabajadores y que en un ámbito sectorial o empresarial puedan "dirimir» los conflictos laborales como trámite previo a la vía judicial.

- Aunque es plausible el intento del legislador que busca una desjudicialización de los conflictos laborales, la realidad puede resultar desalentadora, aunque nunca es criticable en principio la búsqueda de fórmulas de autocomposición que liberen de trabajo a los Juzgados aunque ya es más dudoso como indica Ríos Salmeron (6) que el acuerdo que se alcance en estos órganos, como el CMAC, pueda gozar de una fuerza ejecutiva directa dado los caracteres de formalidad y numerosos casos que deben de tener los títulos ejecutorios.

Por lo que respecta a la conciliación en los conflictos individuales se observa como el artículo 68.1º atribuyendo fuerza ejecutiva a estos acuerdos en conciliación –la LRJS incluye la mediación-, constituirá título para iniciar acciones ejecutivas, sin necesidad de ratificación ante el juez o tribunal..

No obstante el precepto actual añade un segundo apartado declarando que” Se entenderán equiparados a las sentencias firmes a efectos de ejecución definitiva los laudos arbitrales igualmente firmes, individuales o colectivos... los laudos arbitrales recaídos en materia electoral, los que pongan fin a la huelga o a conflictos colectivos u otros cuyo conocimiento corresponda al orden social, exclusivamente en los concretos pronunciamientos de condena que por su naturaleza sean susceptibles de dicha ejecución...”.

27

Además y cuando la conciliación incorporaba no una obligación dineraria sino otra distinta de hacer el demandante para hacer efectiva esa obligación debería de acudir a un proceso ordinario.

Al igual que en la conciliación judicial la efectividad de la ejecución debe estar condicionada al transcurso del plazo de 30 días para su impugnación, artículo. 67.2 LRJS, siendo aquí más explícita la norma al indicar los motivos de impugnación y los sujetos legitimados.

Reiterar aquí los mismos problemas de concreción de los datos laborales de las avenencias por despido si bien aquí se incrementan al no contarse con una demanda previa.

Con un gran defecto sistemático regula la L.R.J.S. en su artículo 154 y dentro de la modalidad procesal del conflicto colectivo los efectos del acuerdo de conciliación en estos conflictos colectivos.

Así la eficacia del acuerdo conciliatorio no es equiparable a la de la sentencia que abre directamente la ejecución sino que queda muy limitado ya que según lo dispuesto en el artículo 154.2 «lo acordado en conciliación tendrá la misma eficacia atribuida a los Convenios Colectivos por el artículo 82 del E.T. siempre que las partes que concilien ostenten la legitimación y adopten el acuerdo conforme a los requisitos exigidos por la citada norma ...»

La remisión que hace el precepto procesal al artículo 82 del E. T. que señala la eficacia *erga omnes* del Convenio nos hace pensar, dece en que el legislador no ha querido atribuir una fuerza ejecutiva direct Rios Salmeron (6) a a estas conciliaciones colectivas sino equipararlas a una especie de cuasi convenios colectivos que integran y formen parte a modo de anexos obligacionales del oportuno convenio colectivo correspondiente de ahí la exigencia de enviar copia de la conciliación a la autoridad laboral que recordemos es la competente para el depósito y publicación del Convenio Colectivo.

La eficacia del acuerdo conciliatorio será o general si las partes de dicho acuerdo reúnen los requisitos de legitimación exigidos por el artículo 87 del E.T o limitada a las partes de la conciliación en caso contrario.

El que no sean estas conciliaciones un título de ejecución directa no impide que lo acordado en ellas no tenga un gran valor ya que tendrán un efecto prejudicial al igual que las sentencias recaídas en los procesos de conflicto colectivo que posibilitarán el ejercicio de demandas individuales que acabarán en conciliaciones individuales o sentencias de igual carácter que sí podrán ser ejecutadas directamente.

Puede ocurrir al igual que en las sentencias colectivas que, a la vista del criterio ya visto que mantiene el Tribunal Constitucional en favor de la

28

ejecutividad inmediata y en los casos en que la avenencia verse no sólo sobre un reconocimiento de derechos sino también sobre una obligación determinada y concretada en el acuerdo pueda ejecutarse directamente dicha avenencia sin necesidad de acudir a posterior proceso declarativo individual si bien, ésto último, dice Rios Salmeron es criticable dado la constitución interpartes del título.

g) *Laudos arbitrales*

Un poco de historia:

El Real Decreto-Ley de 26 de enero de 1.979 por el que se creó el IMAC preveía la creación de unos Tribunales Arbitrales Laborales y otorgaba a sus laudos resolutorios una eficacia ejecutiva directa ante las antiguas Magistraturas de Trabajo.

Este propósito de otorgar facultades arbitrales del IMAC no paso de ser una mera intención quedándose este organismo nada más con sus funciones mediadoras y conciliadoras.

La normativa actual de arbitrajes privados (Ley 36/1988 de 5 de diciembre) excluyo de su ámbito de aplicación a los arbitrajes laborales y por tanto de su ejecutividad directa de la que gozan los arbitrajes privados.

No obstante el que dicha norma los excluya no significa a mi juicio sin más que en caso de que se produjera dicho laudo laboral no tuviese una eficacia ejecutiva.

Hay que señalar al efecto que el artículo 237.2º no habla expresamente de ejecución de actos de conciliación del tipo de los ya examinados, sino que emplea una fórmula mucho más amplia que es la de «títulos en los que no hubiere mediado intervención judicial» por lo que si el legislador hubiese querido prever como títulos ejecutorios las sentencias y las conciliaciones, así lo hubiera expresado y no hubiese hecho referencia a una expresión tan genérica como la del artículo 237.2º que puede comprender en su ámbito perfectamente a los laudos arbitrales.

En esta línea de acceso directo a la ejecución se pronuncia la Disposición Adicional séptima del texto refundido, cuando dispone: “a todos los efectos del Libro IV de la presente Ley se entenderán equiparados a las sentencias firmes los Laudos arbitrales igualmente firmes, dictados por el órgano que pueda constituirse mediante los acuerdos interprofesionales y los convenios colectivos a que se refiere el artículo 83 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

IX.LOS ELEMENTOS INTEGRANTES DE LA EJECUCION

La ejecución procesal presenta una relación diversa de elementos intervinientes en ella.

Alguno de ellos forman parte también de la fase cognitiva previa como son el órgano judicial y las partes, pero en cambio otros son de intervención exclusiva en la ejecución como son el perito, el depositario, la Policía Judicial, terceros intervinientes en el proceso de ejecución, acreedores registrales y un largo etcétera.

Además es en la fase ejecutiva donde algunos de los elementos integrantes del órgano judicial cobran una especial relevancia, como son el Secretario y el Agente Judicial, sin olvidar el importante papel del Fondo de Garantía Salarial en la última fase de la ejecución y por lo que respecta a la declaración de insolvencia de la ejecutada.

Es necesario referirse en primer lugar a los órganos judiciales que intervienen en la ejecución Laboral.

A. Los órganos judiciales

Superada como se vio ya, la tradicional discusión acerca de la naturaleza judicial o administrativa de la ejecución, es claro que en nuestro ordenamiento jurídico no existe, la ejecución atribuida a órganos auxiliares de la jurisdicción y por tanto fuera del control jurisdiccional.

Ello no obstante, la propia L.R.J.S. prevé que diversas fases de la ejecución y en especial la subasta pueda ser atribuida a notarios o a entidades autorizadas administrativamente, artículo 261, pero aún en estos casos lo que sería impensable dado la naturaleza de los derechos e intereses en juego en la ejecución sería no reservar siempre la posibilidad de un ulterior recurso ante el órgano judicial que detenta el monopolio de la ejecución procesal laboral.

En efecto, los Arts. 147.3º de la Constitución y 2.1º de la L.O.P.J. son taxativos al atribuir en exclusiva a los órganos judiciales la potestad de hacer ejecutar lo juzgado.

Por lo que respecta al problema de la competencia funcional es decir cuál de los diversos órganos judiciales del orden social es el competente para llevar a efecto la ejecución, lo soluciona tanto la L.E.C. en su artículo 61, al señalar que el órgano judicial que tiene competencia para conocer de un pleito lo tiene también para su ejecución, así como el artículo 519 que ordena la ejecución por el órgano que conoció del asunto en primera instancia.

Conocida la atribución de la competencia de los Juzgados y Salas de lo Social en única y no primera instancia, el Art. 237.2º LRJS nos señala que «la ejecución se llevará a efecto por el "órgano judicial que hubiere conocido el asunto en instancia». Esta solución es igualmente aplicable a la ejecución de la conciliación judicial, que la llevará a efecto el mismo órgano judicial que celebró dicho acto.

Si el título es extrajudicial como por ejemplo la conciliación administrativa y si se admite su ejecución directa, las conciliaciones ante los organismos " paritarios que prevean los Convenios y los laudos arbitrales, será competente, el Juzgado (no se entiende por qué la Ley no añade "o Sala" ya que éstas

también conocen asuntos en instancia y por tanto los deberán ejecutar) en cuya circunscripción se hubiera constituido.

Los artículos 67 y 75 de la L.O.P.J. y en desarrollo y concreción de ellos los artículos 7 y 8 atribuyen competencia funcional en única instancia a las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional para el conocimiento de diversas pretensiones cuya nota común es que sus efectos se extienden a un ámbito territorial superior a un Juzgado de lo Social (Tribunal Superior) o al de un Tribunal Superior (Sala de lo Social de la Audiencia Nacional).

Dejando de lado los supuestos excepcionales de conocimientos de litigios comprendidos en las letras g/, h/, i/, j/, k/ del artículo 2 de la L.R.J.S. lo que estas Salas conocerán, aunque también de forma muy esporádica serán procesos de conflictos colectivos y de impugnación de convenios, lo que originará como ya se vio una clase de sentencias de muy difícil ejecución directa, dado su pronunciamiento eminentemente declarativo; con lo que hay que concluir que la práctica totalidad de las ejecuciones corresponderán a los Juzgados de lo Social de cada provincia.

Esta regla examinada de competencia funcional se ve quebrada por lo dispuesto en el artículo 237.4º LRJS que prevé que en los lugares donde hubiese varios Juzgados de lo Social y en los términos previstos en la L.O.P.J., se puedan establecer Juzgados de lo Social con competencia exclusiva en el conocimiento de las ejecuciones y con liberación total o parcial del reparto de los asuntos contenciosos.

Estos Juzgados ya funcionan en Barcelona y Valencia, en virtud de los Acuerdos del Consejo General del Poder Judicial del 12 y 20 de diciembre de 1989.

Esta medida no puede merecer más que elogios ya que la práctica ejecutiva en los Juzgados de lo Social dada sus peculiares problemas exige una especialización y en muchas ocasiones dedicación especial, de difícil realización para el Magistrado que se ve inundado y a veces desbordado en el trabajo de dictar sentencias, con lo cual la medida es óptima además a efectos de unificar criterios al menos en la provincia y posibilitar una mayor celeridad y atención a los embargos; sobre todo en el supuesto especial de bienes inmuebles en los que su realización forzosa es en ocasiones de una complejidad que rara vez se presenta en la fase declarativa.

La regla competencial que atribuye la ejecución al órgano judicial que conoció en instancia el asunto o en cuya circunscripción se constituyó el título se puede también ver alterada por el fenómeno de la acumulación de ejecuciones, si bien en este supuesto la competencia no se varía desde el momento inicial, sino con posterioridad, es decir al principio es el órgano judicial competente según el artículo 237.2º LRJS el que conocerá la ejecución para después y en base a las normas que se estudiarán será en ocasiones otro Juzgado el que tramite con posterioridad la ejecución.

Este fenómeno procesal de la acumulación de ejecuciones fue criticado con anterioridad por procesalistas de gran talla, entendiendo que la acumulación no se podía dar una vez dictada sentencia firme.

En este sentido los artículos 17 y 18 de la antigua Ley procesal Laboral permitían tan sólo la acumulación antes de los actos de conciliación y juicio. Hay que señalar que lo que legalmente era prohibido, en la práctica diaria de los Juzgados se llevaba a cabo bajo formulas tangenciales como la consideración conjunta de las ejecuciones y repartos proporcionales del dinero obtenido en la subasta, como únicas soluciones posibles para flexibilizar los efectos perniciosos de una aplicación estricta de la regla de preferencia en el tiempo, claro está todo ello con poco o mejor dicho sin ningún apoyo legal.

Como en el caso ya visto de las ejecuciones de las conciliaciones administrativas, la realidad de la práctica de los Juzgados de lo Social ha ido por delante de los contenidos normativos y prueba de ello es la loable acogida en el nuevo texto, de la acumulación de ejecuciones, establecida en la LRJS.

No se puede entender el fenómeno acumulatorio, dice Fenech (13) sin hacer referencia a su finalidad, lo que se persigue con la acumulación es alterar los resultados injustos de la aplicación de la regla de la preferencia en el tiempo (*prior in tempor potior in iure*) ya que es injusto que con lo obtenido en la ejecución se satisfaga en primer lugar y muchas veces sólo y exclusivamente al acreedor que primero instó la ejecución, sobre todo cuando este dato temporal depende muchas veces de la exclusiva acción del empresario deudor que genera primero una deuda sólo con algunos de sus acreedores laborales.

Esquivar esta regla preferencial conlleva adoptar soluciones basadas en reglas de reparto proporcional de lo obtenido en la realización forzosa, tal y como se indicaba en el Preamble de la Ley cuando establecía una evidente afinidad con los procesos de ejecución general en la aplicación del principio de la "par conditio creditorum»

Otro de los fines de la acumulación radica en la consecución de una mayor economía procesal y rapidez en la ejecución que se podría imposibilitar de tener que repetir por cada ejecución no acumulada una serie de actuaciones procesales necesarias, como por ejemplo mandamientos de anotación en el Registro de la Propiedad, diligencias de embargo, trámites averiguatorios, etc.

Antes de entrar en la regulación concreta de este fenómeno es necesario adelantar la necesidad de distinguir diversos supuestos.

Así se debe diferenciar entre la acumulación que se puede producir en los Juzgados y en las Salas, la que se puede decretar de oficio y la acumulación a instancia de parte, y por, último se debe distinguir entre una acumulación facultativa y otra preceptiva.

29

Fenech (13):"El procedimiento civil" Civitas, pág 183.

En primer lugar cuando la acumulación se pueda dar en un mismo órgano, ésta se podrá decretar tanto en los Juzgados de lo Social como en las Salas de los Tribunales Superiores o de la Audiencia Nacional, por así permitirlo el artículo 36.1º que habla del "órgano judicial" por lo que se debe entender tanto Juzgado como Sala.

En cambio cuando las ejecuciones se tramiten en distintos órganos, la acumulación sólo será posible en los Juzgados, pero no en las Salas ya que el artículo 36.2º hace referencia sólo a Juzgados de lo Social.

Se puede distinguir además entre una acumulación facultativa y otra obligatoria.

La acumulación facultativa:

Se caracteriza por no ser obligatoria, es decir el órgano puede decretarla o no con completa libertad ya que el artículo 37.2º emplea el término «podrá». Los motivos que pueda tener en cuenta el órgano para acordarla serán los de economía procesal y conexión de las obligaciones a ejecutar; la similitud o conexión se dará siempre que la obligación sea entregar una suma de dinero o en caso contrario que la obligación de hacer sea la misma.

En todo caso el artículo 36.1º exige que los títulos ejecutivos sean frente a un mismo deudor, lo que conllevará la imposibilidad de acumular ejecuciones en los que los ejecutados sean diferentes.

Esta acumulación facultativa está pensada, si se examina el otro tipo de acumulación que es la preceptiva, para supuestos de ejecuciones dinerarias en los que se prevé que los bienes embargados serán suficientes para cubrir el principal total y además para el resto de ejecuciones y que son los consistentes en un hacer o no hacer algo, o en entregar una cosa distinta que dinero.

La acumulación preceptiva:

Supone una obligatoriedad de decretarla en el caso de que concurra el supuesto contemplado en el artículo 37.1º y que es la existencia de indicios de que los bienes del deudor pudieran ser insuficientes para satisfacer la totalidad de los créditos; la apreciación de esta insuficiencia es difícil ya que puede ser que los bienes no estén todavía valorados por el perito y que incluso así no se pueda apreciar debido a la tradicional minusvaloración que éstos sufren tras las subastas judiciales.

La regulación de esta acumulación obligatoria merece una amplia crítica.

En primer lugar si las ejecuciones se tramitan en el mismo Juzgado la acumulación se puede decretar tanto de oficio como a instancia de parte; pero si se prosiguen en distintos Juzgados sólo podrá acordarse a instancia de parte.

No se entiende la prohibición de que el Juzgado la pueda decretar por sí mismo y sobre todo cuando es una acumulación obligatoria y que se basa en que se satisfaga proporcionalmente a todos los ejecutantes, ante la insuficiencia de bienes, con lo que el silencio de la parte, que hay que recordar que puede

comparecer por sí misma en la ejecución, conllevará un perjuicio irreparable al no ver, posiblemente satisfecho su crédito.

En segundo lugar, de los términos del artículo 37.1º parece desprenderse que esta acumulación preceptiva sólo se permite en los Juzgados, pero no en las Salas lo que merece reproche ya que las Salas conocen asuntos en instancia y por tanto los tendrán que ejecutar y en ocasiones, aunque de verdad serán los menos, el título ejecutivo puede contener una condena dineraria y además el artículo 36.1º permite la acumulación de ejecuciones seguidas ante las Salas siempre y cuando se trate de una única Sala de lo Social.

Por lo que respecta al *órgano competente* para decretar la acumulación, en el caso de que las ejecuciones se sigan en distintos órganos judiciales, el artículo 38.1º señala que es el que haya iniciado con anterioridad la ejecución. Este precepto así leído sin más puede inducir a confusión ya que se debe de entender que la competencia no se otorga sin más al órgano que haya despachado ejecución solamente, es decir al que antes haya dictada el oportuno auto de ejecución sino al órgano que conociese de la solicitud de ejecución más antigua, es decir en términos similares a los dispuestos en el artículo 30 de la L.R.J.S, esto es al órgano judicial que conociese de la solicitud de ejecución que se haya presentado antes, aunque por el motivo que sea, el Juzgado haya proveído dicha solicitud más tarde que el otro/os órgano/os.

Esta regla competencial basada en una preferencia temporal cede en el supuesto previsto en el artículo 38.2º, precepto de una compleja redacción y una más que tortuosa interpretación.

En resumen, lo que supone esta norma es que puede decretar la acumulación un órgano que no tramite la ejecución más antigua, siempre y cuando éste haya embargado con prioridad la totalidad o la mayor parte de los bienes del ejecutado.

La redacción no obstante del artículo es desafortunada ya que parece exigir en su primera parte que en el Juzgado figuren incluidos también la mayor parte de los trabajadores y créditos con lo que con una interpretación literal para que sea competente ese Juzgado se requeriría que tuviese la mayoría de ejecutantes, la mayoría de principal reclamado y además hubiese embargado antes la mayoría de los bienes con lo que de exigir conjuntamente estos tres requisitos y en el caso de que faltase alguno, la conclusión sería que no habría Juzgado competente, lo que sería absurdo.

No obstante cabe llamar la atención de que lo anterior sólo entra en juego cuando los Juzgados son de distinta circunscripción pero no cuando son de la misma, lo que es absurdo ya que si lo que se pretende es atribuir la competencia al Juzgado que haya embargado mayores bienes y que por tanto se supone tiene más avanzado el apremio ésto puede ocurrir y será lo más frecuente bien en órganos jurisdiccionales de la misma circunscripción.

De seguirse las ejecuciones en un mismo órgano dictará el oportuno auto y comparecer sin necesidad de una audiencia previa a las partes, ya que el artículo 39.2º sólo la exige en el supuesto de varios Juzgados.

Lo que ocasiona dudas ya que la acumulación alterará el reparto de lo obtenido en la ejecución que casi es insuficiente para cubrir todos los principales.

Frente a este auto cabrá el oportuno recurso de reposición del artículo 186, pero estimo no procedente el ulterior recurso de suplicación, artículo 191.2º o casación, artículo 204.2º.

El órgano que decreta la acumulación es el que va a proseguir la ejecución, si bien ahora con un mayor principal reclamado y también con un mayor número de ejecutantes por lo que el artículo 38.1º le obliga a adoptar «cuantas medidas sean necesarias para la efectividad de las ejecuciones acumuladas» que no pueden ser otras que las previstas en el artículo 257 y que dependerán de lo avanzado que se encuentre la ejecución en dicho órgano, ya que si los bienes ya están embargados y se han adoptado las oportunas medidas en cuanto a depósito de éstos, o retención y puesta a disposición del Juzgado de créditos de terceros con el ejecutado, carece de sentido decretar reembargos que precisamente es lo que trata de evitar el fenómeno procesal de la acumulación.

En todo caso al haberse aumentado el principal de la ejecución será necesario acordar una mejora del embargo si ello es posible y si se han embargado los bienes inmuebles dirigir mandamiento de ampliación del crédito anotado al Registro de la Propiedad.

El artículo 39 prevé lo que se puede denominar el *incidente de acumulación* que puede ser planteado tanto de oficio, en cuyo caso sería mediante un oficio dirigido por un Juzgado a otro con exposición de las razones de la acumulación y oportuna descripción de los autos si el que lo solicita no es el Juzgado competente para decretar la acumulación, como a instancia de parte.

El Juzgado competente dictará el oportuno auto que será recurrible en reposición pero que exigirá para su adopción la previa audiencia de las partes, si estima procedente la acumulación, sin que se entienda porqué no se exige dicha audiencia cuando se deniega ya que en ambos casos el perjuicio se puede ocasionar.

El Juzgado requerido dictará auto accediendo o no a la acumulación, sin que el artículo 39.3º exija una audiencia previa de las partes en este caso. Si se accede se remitirán las actuaciones; si no se estima procedente la acumulación y ésta no es preceptiva el incidente terminará en ese momento. En cualquier caso este segundo auto es recurrible en reposición.

Este incidente sólo puede llegar a la Sala de lo Social del Tribunal Superior en el caso de que se trate de una acumulación preceptiva. En estos casos es necesario distinguir dos supuestos y señalar que en ambos casos la regla sobre recurribilidad en reposición de los actos se pueden ver alterados:

1º Si el Juzgado competente para acumular estima improcedente la petición dicho auto parece que no será recurrible y en su lugar se remitirán las actuaciones a la Sala que decidirá si esta es procedente; debiendo además

este Juzgado comunicarlo al otro para que por éste se haga lo mismo y remita además a la Sala el oportuno informe ya que no ha intervenido en el incidente.

2º Si el Juzgado requerido para que remita las ejecuciones al requiriente no accede a ello, tras el oportuno auto, lo comunicará a este Juzgado para que junto con él remitan las actuaciones a la Sala, en este caso sin ningún informe ya que ambos han actuado en el incidente.

El planteamiento del incidente de acumulación no suspende la tramitación de las ejecuciones, lo que concuerda con la necesaria celeridad del proceso laboral, artículo 74, previsión que diferencia este incidente de su análogo civil ya que el artículo 183 de la L.E.C. prevé que desde que se pide la acumulación quedan en suspenso la sustanciación de los procedimientos.

No obstante según el artículo 40 LRJS, no se podrá efectuar ningún pago a los ejecutantes si la cantidad se ha obtenido con posterioridad al planteamiento de dicho incidente ya que los criterios de pago se verán fuertemente alterados; aunque se debe estimar que se podrá pagar si con lo obtenido en la realización forzosa se pueden satisfacer todos los créditos.

Si las cantidades a pagar se obtuvieron antes del incidente, el único camino posible a utilizar por los ejecutantes no acumulados sería la solicitud de suspensión del acto ejecutivo consistente en el pago en base a lo dispuesto en el artículo 246 de la L.R.J.S. por considerar que la realización ¿el pago cause un perjuicio de difícil reparación.

Existe un momento preclusivo para el planteamiento del incidente, pero se contempla de manera tan amplia en el artículo 41 de la Ley que difícilmente se puede hablar de un plazo para solicitar la acumulación ya que se puede efectuar hasta que queda cumplida la obligación que se ejecute o se declare la insolvencia del ejecutado, que como se sabe supone en ambos casos la finalización en la ejecución.

Ahora bien si lo que se ha declarado es la insolvencia «técnica» del artículo 276 LRJS, incluso después de ello, se podrá pedir la acumulación ya que en estos casos existen bienes de lo ejecutado sobre los que se puede reiniciar la vía de apremio.

Es preciso hacer referencia por último a las consecuencias materiales y procesales de la acumulación.

El resultado material de la acumulación, dice Guasp (5) es que se alteran las reglas de reparto de lo obtenido en la ejecución ya que se deberán de aplicar criterios de atribución proporcional, sin tener en cuenta ninguna preferencia temporal por la antigüedad de la ejecución, artículos 268 y 269, si bien y en todo caso se debe respetar las preferencias de créditos, artículo 41.2º, que básicamente serán las derivadas del artículo 33.1º del E. T.

30

Guasp (5): "Derecho Procesal Civil. Parte especial. Procesos declarativos y ejecutivos"
Thomson Civitas 2006 pág 89

Por otro lado desde el punto de vista procesal es dudoso que necesariamente se debe proseguir un único proceso de ejecución que acumule a todos ya que la L.R.J.S. prevé sólo eso para el supuesto de acumulación de acciones, autos y recursos, artículo 35 LRJS

Se ha planteado la pregunta respecto a la acumulación de ejecuciones. En sentido negativo y desde el punto de vista práctico y para no complicar y originar un expediente voluminoso se recomienda mantener diferentes expedientes sin perjuicio de que las resoluciones, mandamientos de Registro, edictos... sean las mismas en todos ellos.

Ello se ha resuelto por el artículo 36 LRJS que dice:” En las ejecuciones y demás títulos ejecutivos contra un mismo deudore y ante un mismo órgano, podrá disponerse de oficio o a instancia de parte la acumulación de los mismos, en los términos establecidos en la Ley”.

Si tras la acumulación, resultan más de diez ejecutantes, se podría aplicar analógicamente el artículo 19.2º de la L.R.J.S. para que se designe un representante común con el que entender las sucesivas actuaciones, lo que sería muy útil sobre todo a efectos de notificaciones, si bien siempre dejando a salvo la facultad de intervenir separadamente a cada ejecutante o correspondiente representante de éste ya que en algunos supuestos se pueden tener intereses contrapuestos tras la acumulación.

Actualmente, el artículo 25 de la LRJS, contempla en sus apartados 4º y 5º respectivamente, que en las reclamaciones sobre accidentes de trabajo y enfermedad profesional se podrán acumular todas las pretensiones de resarcimiento de daños y perjuicios derivados de un mismo hecho, incluso sobre mejoras voluntarias, que el trabajador perjudicado o sus causahabientes dirijan contra el empresario u otros terceros, incluidas las entidades aseguradoras.

Así mismo, prevé el artículo 26.3 LRJS que”...cuando en la acción de extinción del artículo 50 ET se invoque la falta de pago del salario pactado, podrá acumularse a dicha acción, pudiendo ampliarse la demanda para ello.

B. El Secretario Judicial

El Secretario Judicial es un elemento clave en el funcionamiento de la Administración de Justicia, requiere por tanto una mención especial, sobre todo tratándose el proceso de ejecución.

El Secretario Judicial es un funcionario, licenciado en Derecho y que ha superado una oposición, y que tiene una formación y preparación análoga a la de los otros los cuerpos técnicos de la Administración de Justicia, Jueces y Fiscales.

Los Secretarios Judicial pertenecen al Cuerpo Nacional Titulado Superior al servicio de la Administración de Justicia y que ejercen con autonomía e independencia las funciones de dirección de la Oficina Judicial y ordenación del proceso (Art. 1 del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales).

Su tradicional función centrada en la dación de fe de las actuaciones judiciales y en su documentación, se ha visto desplazada en los últimos años hacia una mayor intervención en la dirección y ordenación del procedimiento, que hacen pensar que en el futuro se vean incrementadas estas últimas funciones si no se quiere desaprovechar como hasta ahora la formación, preparación y experiencia de estos funcionarios.

Así mismo, como impulsores y ordenadores del proceso de ejecución tenían la dación de cuenta y custodia de los autos y la dirección y ordenación del procedimiento, artículos 279 y ss LOPJ y 6 y ss del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales.

La ejecución es uno de los principales ámbitos de actuación del secretario judicial.

La reforma de la Ley 13/2009 desplaza la participación del Juez en el proceso de ejecución, limitando su intervención al despacho de la orden general de ejecución y a la resolución de incidencias durante el proceso de apremio en cuanto a las controversias entre partes o terceros, ejerciendo una función de garante del derecho.

Entre las nuevas competencias que le atribuye la Ley, destacan: el impulso de oficio de la ejecución a partir de la orden general de ejecución y hasta el archivo del expediente.

La adopción de medidas ejecutivas concretas:

Deriva del artículo 551.3 de la LEC "... el Secretario judicial... dictará decreto adoptando las medidas ejecutivas concretas", ello en conexión con las garantías para asegurar la traba de un bien embargado.

Actuaciones relacionadas con el depósito, conservación y publicidad de bienes embargados:

El artículo 251.3 declara que el secretario judicial podrá encomendar a entidades autorizadas administrativamente con tal fin, actividades de depósito, conservación, transporte, administración y publicidad de bienes embargados.

Suspension de los trámites de ejecución en diferentes supuestos:

El secretario judicial podrá suspender mediante decreto el trámite de ejecución si el cumplimiento inmediato de la obligación objeto del mismo, supone un perjuicio desproporcionado a los trabajadores, según dispone el artículo 243.1 LRJS.

Realización de los bienes embargados:

El secretario judicial designara el perito tasador, en virtud del artículo 259.1 L.R.J.S.

Acumulacion de ejecuciones:

Reguladas en los artículos 36 y ss LRJS.

La novedad más destacada se encuentra en el artículo 37 de este Texto Legal que declara "el secretario judicial deberá acordar la acumulación de ejecuciones, de oficio o a instancia de parte, de seguirse ante un mismo juzgado, o a instancia de parte, de conocer de ellas juzgados distintos".

Apremios pecuniarios y sanciones:

Se introduce una novedad, al establecer que el secretario judicial podrá, en aplicación del artículo 241.2 LRJS, previa audiencia de las partes, imponer a la parte que deje transcurrir injustificadamente el plazo concedido, sin efectuar lo ordenado en ejecución respecto a la obligación, apremios pecuniarios. .

Se cuantifica en un tope máximo de trescientos euros al día en lugar de la multa máxima prevista en el código penal.

Declaracion de insolvencia y finalización del proceso ejecutivo:

Mediante decreto, el secretario judicial declarara la insolvencia parcial o total de ejecutado.

En concordancia con la regulación efectuada por el artículo 276LRJS, el artículo 570 dela LEC declara que" La ejecución forzosa sólo terminara con la completa satisfacción del acreedor ejecutante, lo que se acordara por decreto del secretario judicial, contra el cual podrá interponerse recurso de revisión".

Es especialmente importante y novedosa la actividad conciliatoria del secretario judicial en la fase de ejecución.

Las posibilidades de conciliación en el proceso ejecutivo son más restringidas que en el proceso declarativo, ya que hay que estarse a los principios que rigen el proceso ejecutivo, así el artículo 237 LRJS "ejecución en sus propios términos".

A pesar de ello, el artículo 238 LRJS prevé la intervención mediadora del secretario judicial al regular:" Las cuestiones incidentales que se promuevan en ejecución se sustanciaran citando a comparecencia, en el plazo de los cinco días, a las partes, que podrán alegar y probar cuanto a su derecho convenga, concluyendo por Auto o, en su caso, por decreto que habrán de dictarse en el plazo de tres días.

Cuando la comparecencia se celebre ante el Magistrado, se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen..."

Escudero Moratalla, F (12) manifiesta al respecto que sería deseable la “creación procesal de una diligencia de conciliación” , para documentar el intento conciliatorio o de mediación en el proceso ejecutivo.

El artículo 49.2LRJS declara que los secretarios judiciales resolverán por medio de diligencias y decretos.

Aparece así una nueva forma de resolución del secretario judicial que caracteriza el trámite ejecutivo.

Es en la ejecución, que se caracteriza por una gran dispersión de las actuaciones a diferencia de lo que ocurre en la fase declarativa que es más sencilla procesalmente al concentrarse casi todos los actos de una forma verbal en el acto del juicio, por tanto es en esta fase ejecutiva donde la intervención del Secretario cobra mayor relevancia.

El secretario podrá adoptar además, en la fase de ejecución tres tipos de resoluciones, que son las tradicionales:

- Diligencias de ordenación.
- Propuestas de providencia.
- Propuesta de Auto.

Novedad importante, la figura del secretario judicial pasa a denominarse Letrado de la Administración de Justicia, ello aprobado por Ley de 1 de octubre de 2015.

Las *diligencias de ordenación* se encuentran reguladas en los artículos 288 de la L.O.P.J y 52 de la L.P.L. y tienen por objeto dar a los autos el curso ordenado por la Ley, así como impulsar formalmente el procedimiento en sus distintos trámites. Vienen a cumplir la función que antes desempeñaban las desaparecidas providencias de «mera tramitación».

No obstante la diferencia con las propuestas de providencia es oscura y confusa; siendo en la práctica la única diferencia el plazo para su impugnación, un día para las diligencias y 3 días para las propuestas de providencia si bien en este último caso hay que interponer un recurso de reposición.

Las *propuestas de providencia* aparecen reguladas en el artículo 290 de la L.O.P.J. y estaban reguladas en el artículo 51 de la L.P.L. Tienen por objeto la ordenación material del proceso.

El problema de la opción entre la diligencia y la propuesta de providencia puede ser salvado, eligiendo la segunda cuando quepa un margen de la discrecionalidad para adoptar la resolución y el trámite no venga impuesto automáticamente por la norma.

Está exceptuado del campo de la propuesta de providencia, aquella que revise una diligencia de ordenación del Secretario, ya que en este caso corresponderá dictar la providencia al Magistrado.

31

Las *propuestas de auto* aparecen reguladas junto con las propuestas de providencia. Los autos tienen por objeto según lo dispuesto en el artículo 245.1ºb) de la L.O.P.J., decidir recursos contra providencias, resolver cuestiones incidentales, presupuestos procesales, nulidad del procedimiento o cuando a tenor de las Leyes de enjuiciamiento deban revestir esta forma; lista que se debe completar a la luz del artículo 369 de la L.E.C. y a efectos del proceso de ejecución para los casos en que se decida la competencia del Juzgado o Tribunal, la inadmisión de una solicitud de ejecución y los acuerdos que puedan producir a las partes un perjuicio irreparable.

Están exceptuados de la posibilidad de dictar propuesta de auto los que sean decisorios de cuestiones incidentales, los resolutorios de recursos, los decisorios de asuntos en que se haya suscitado contienda y los limitativos de derechos.

La L.R.J.S. prevee supuestos en los que necesariamente se debe adoptar la resolución en forma de auto:

- auto resolutorio de cuestión incidental, del artículo 238
- auto despachando la ejecución, artículo 252
- auto resolutorio de la tercería de mejor derecho, artículo 260.3º
- auto de adjudicación de bienes subastados, artículo 267
- auto de distribución de cantidades obtenidas, artículo 273.2º
- *auto resolutorio de la tercería de mejor derecho, artículo 275*
- *auto de insolvencia, artículo 276*
- auto resolutorio de la relación laboral, artículo 281
- auto ejecución despido nulo, artículo 283.

Casi todos los autos señalados se adoptan tras la finalización de un incidente o en otros casos en ejecución se resuelve una contienda entre las partes y muchos de ellos son limitativos de derechos, con lo cual muy pocas veces se podrá acudir a la fórmula de propuesta.

Por tanto son tan amplios las excepciones a la posibilidad de propuesta que con la Ley en la mano la decisión y dirección la tiene el Magistrado también en ejecución, cosa que no ocurre en la práctica ya que en los Juzgados de Social de ejecución la lleva casi en exclusiva el Secretario y el personal auxiliar, éstos últimos en tareas ejecutivas, sin olvidar tampoco la fundamental tarea que encomienda el artículo 3.2º del Reglamento Orgánico de los Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes.

El Oficial:

Es un funcionario le corresponde la tramitación de toda clase de procesos, asistiendo más que al Juez al Secretario, debido a su mayor contacto directo con el expediente, en la redacción de las diligencias, actas, notas y propuestas de providencia y autos que se deban adoptar en la fase ejecutiva.

El artículo 62 de la L.R.J.S. viene a desarrollar una previsión novedosa que ya establecía el artículo 7c) del Reglamento Orgánico de los Secretarios; clarificando un poco más esta oscura disposición.

El artículo 62.1.º de la L.R.J.S. posibilita que el Secretario expida directamente los oficios, exhortos, mandamientos y recordatorios, interesando la práctica de actuaciones que deriven de su ámbito de competencia la limitación al ámbito de competencia del Secretario, no debe entenderse restrictivamente ya que como hemos visto la única resolución que puede adoptar exclusivamente éste es la diligencia de ordenación que por su escaso cuerpo de ordenación automática del proceso, originará en pocas ocasiones el libramiento de mandamiento, exhorto u oficio alguno.

Más bien se debe de entender que cabe también la expedición directa por el Secretario, en todos los casos en que quepa adoptar una propuesta de providencia o de auto, como expresión de su función impulsora y ordenadora del proceso.

Por otro lado, el párrafo 2º de dicho artículo prevé que incluso en resoluciones de competencia exclusiva del Magistrado pueda el secretario expedir con solamente su firma estos documentos si así se lo ha autorizado el titular del órgano.

En este último supuesto sea necesario la autorización judicial ya que lo único que hace el oficio, el exhorto y el mandamiento es transcribir lo que se ha acordado previamente en una resolución judicial que ya habrá sido autorizada y firmada por el Magistrado.

No obstante este precepto será de utilidad para salir al paso de tradicionales inconvenientes creados a veces por algunos Registradores, Bancos y otros organismos, cuando no se veía la firma del Magistrado en algún oficio o mandamiento, cuando en realidad debería surgir la preocupación cuando no se observase la firma del Secretario, único funcionario competente para dar fe con exclusividad de la autenticidad de las actuaciones judiciales.

Es de destacar la actuación concreta de la ejecución que es la *diligencia de embargo*. Esta actuación es llevada a cabo por la denominada *Comisión judicial* compuesta por el Secretario y el Agente Judicial necesariamente y a la que puede concurrir el ejecutante para designar bienes a embargar.

Pues bien en ese acto, pese a la dirección y ordenación por el Secretario del proceso de ejecución, éste se debe limitar a dar fe de lo que allí ocurra y es el Agente Judicial el que decide ya que en ese acto representa al Magistrado y ello pese a poder ser como en la mayoría de los casos lego en Derecho; menos mal, todo hay que decir que en la práctica no ocurre lo mismo y las dudas en la diligencia son resueltas por el Secretario Judicial, pasando de una *concepción* antigua ya superada en la práctica, que veían en el Secretario un funcionario mitad fedatario y mitad escribano.

No obstante, incluso en la L.R.J.S. actual y si se hace una lista de las funciones expresamente atribuidas al Secretario se ve como perdura todavía esa antigua concepción; así se pueden señalar entre otras funciones:

- Valoración de las cargas y gravámenes que deben *subsistir* tras la venta de bienes inmuebles, artículo 260.
- Diligencia de distribución entre los acreedores de las cantidades obtenidas en la ejecución, artículo 269.2°.
- Liquidación de los intereses devengados, artículo 267.2°.
- Tasación de costas, artículo 267.2°.

No obstante, la poca carga jurídica de estas operaciones, hay que señalar que no son estas tareas las que ocupan la mayor parte del tiempo de trabajo del Secretario; si bien no se puede pasar por alto la función que se le encomienda de valorar las cargas y gravámenes de los inmuebles embargados y que deben subsistir tras la subasta ya que en este caso y quizás por error del legislador, ya que si no se entiende la plena confianza depositada en el Secretario, se encomienda a este funcionario quizás una de las labores que en ocasiones será la de mayor calado jurídico que se puede dar en la fase ejecutiva ya que se requiere un amplio conocimiento no sólo de Derecho Laboral y procesal, sino también de concursal, hipotecario, civil, mercantil, tributario y en ocasiones Derecho Marítimo, para dilucidar tema tan complejo y tortuoso doctrinal, legal y jurisprudencialmente, como es el de la prelación de créditos y su conexión con los privilegios del crédito salarial.

Con la reforma de la LRJS, el Secretario Judicial tiene a su cargo prácticamente todo el proceso.

C. El Agente Judicial

El artículo 487 de la L.O.P.J. encomienda a este funcionario de la Administración de Justicia diversas funciones, entre las que se pueden señalar como propias de la fase ejecutiva el ser ejecutor de los embargos, lanzamientos y además actos cuya naturaleza lo requiera si bien el artículo 15.2° del Reglamento Orgánico de los Cuerpos de Oficiales Auxiliares y Agentes señala que en dichos actos el agente actúa con el carácter y representación que le atribuyan las Leyes.

Respecto al carácter con el que actúa el Agente Judicial en los embargos, hay que recordar que forma parte con el Secretario de la Comisión Ejecutiva y es él el que realiza materialmente el embargo; pero siempre teniendo en cuenta que su actuación es bajo la dependencia del Juez o Tribunal, artículo 15.1° del Reglamento Orgánico, por lo que no goza de autonomía en su esfera de actuación, sino que está subordinado a las órdenes que el Magistrado le dé.

En la actualidad hay que entender que las órdenes directas se las dará el Secretario que tiene la titularidad de la oficina judicial sin perjuicio de la superior dirección e inspección del titular del órgano judicial.

Expone Prieto Castro (10) que en el embargo, el Agente Judicial es «la jurisdicción en persona» o «la sombra del Juez».

32

Prieto Castro (10): "Tratado de Derecho procesal civil"
Aranzadi 1985.

Tanto el artículo 487 de la L.O.P.J., como el artículo 15 del Reglamento orgánico establecen que el Agente tiene el carácter de Autoridad Pública, al igual que el Secretario, cuando actúe como Policía Judicial precepto que no puede conducir sino a un comentario jocoso ya que para que un funcionario actúe como policía, debe de tener una preparación física y técnica de tal policía, con lo cual aunque parezca un juego de palabras ya no será un Agente Judicial sino un policía que trabaja en un Juzgado, que es lo que en realidad debería de existir con carácter permanente en los Juzgados y Tribunales.

D. La Policía Judicial

La posible resistencia del ejecutado o de terceros implicados en el proceso se ejecución a facilitar la realización de diversos actos ejecutivos como pueden un embargo, un lanzamiento de una vivienda, una entrega de los bienes subastados al adjudicatario etc... sólo puede ser salvada mediante el auxilio de la fuerza pública y ello a pesar de la ambiciosa idea del legislador de convertir a un funcionario de la Administración de Justicia, como es el Agente judicial en un policía.

El artículo 445 de la L.O.P.J. atribuye entre otras funciones a las Unidades de Policía Judicial el auxilio a la autoridad judicial en cuentas actuaciones deba realizar fuera de su sede y requieran la presencia policial; así como la realización material de las actuaciones que exijan el ejercicio de la coerción y orden de la autoridad judicial y garantizar el cumplimiento de las órdenes y resolución de la autoridad judicial o fiscal.

No obstante, el Real Decreto 769/1987 de 19 de junio sobre regulación de la Policía Judicial prevé la adscripción permanente de unidades de Policía oficial a Juzgados y Tribunales sólo en funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, lo que no perjudica la efectividad de la ejecución laboral dado que el auxilio de la Fuerza Pública no recurrirá en estos casos una cualificación especial por parte de los policías.

Por todo este auxilio cuando sea necesario corresponderá prestarlo cuando fueran poseídos para ello a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tanto si dependen del Gobierno Central, como de las Comunidades Autónomas o de los Entes Locales, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, artículo 443 de la L.O.P.J.

A los efectos prácticos es conveniente que en la primera resolución por la que se despacha la ejecución se señala que dicha resolución sirve de mandamiento para el auxilio de la Fuerza Pública, para así evitar tener que acordar expresamente dicha ayuda cuando se ve que es necesaria.

Es importante resaltar como señala Montero Aroca (2) que en su intervención auxiliadora. los números de la fuerza pública quedan a las órdenes directas del

33

Montero Aroca (2): "Ejecución provisional de sentencias en el proceso laboral"
Ed Tirant Lo Blanch 1999, pág 116

órgano judicial, en este caso de la Comisión ejecutiva, incluso prescindiendo momentáneamente de las órdenes de sus superiores jerárquicos.

X. LAS “OTRAS” PARTES: SUCESION EMPRESARIAL Y TERCERIAS

Como se vio al tratar de los principios generales en la fase de ejecución al igual que en el proceso de cognición previo funciona en toda su plenitud la dualidad de partes. Así las posiciones de demandante y demandado en el proceso previo dan paso a los de ejecutante y ejecutado.

Ejecutante es la parte que ejercita la pretensión consistente en postular del órgano judicial la realización de una actividad física consistente en el cumplimiento forzoso de la obligación contemplada en el título y ejecutado es la parte frente a quien se ejercita esa pretensión y que aparece obligado al cumplimiento de dicha prestación en el título.

Se puede adelantar que será el título de ejecución el que nos determina quiénes son estas partes, si bien como se verá puede haber supuestos en que las partes en la ejecución no sean los originariamente contemplados en el título.

La dualidad de partes no se rompe porque en cada una de ellas figuren varios ejecutantes o distintos ejecutados obligados solidaria o mancomunadamente ya que las posiciones seguirán siendo sólo dos, con independencia de que puedan surgir otros fenómenos procesales ya vistos como la acumulación de ejecuciones.

Por lo que respecta a los requisitos de capacidad, legitimación y postulación éstos son los mismos que los que la antigua legislación, previsión, para el proceso ordinario, si bien con alguna matización en lo referente a la postulación.

Tendrán capacidad procesal para ser tenidos como parte en el proceso de ejecución las personas o entidades que señala el artículo 16 de la L.R.J.S.; si bien no será preciso su examen previo minucioso ya que aparecerán reseñados como demandantes y demandados en la sentencia.

No obstante es preciso hacer alguna referencia respecto a la capacidad procesal de los trabajadores ejecutantes. Así podrán comparecer en la ejecución:

- Los ejecutantes mayores de 18 años por estar en principio y salvo prohibición o limitación expresa en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, artículo. 16.1º.
- Los ejecutantes mayores de 16 años y menores de 18 que se encuentren emancipados o vivan de forma independiente con consentimiento de sus padres, tutor o representante.
- Los ejecutantes mayores de 16 años y menores de 18 que no encontrándose en el supuesto anterior hubiesen obtenido autorización expresa o tácita de sus padres, tutores o representantes para realizar un trabajo, artículos 16.2º de la L.R.J.S. y 7 del E.T.

Para los ejecutantes que no se encuentren en estos casos deberán comparecer sus representantes legítimos o los que deban suplir su incapacidad conforme a Derecho, artículo 16.4° de la L.R.J.S.

Por lo que respecta a la legitimación, así como en la fase declarativa ésta viene determinada por la conexión existente entre la parte y la relación jurídico material que sirve de base o derecho subjetivo que se discute en el proceso; en la ejecución, la determinación de ésta es más sencilla ya que la fija el propio título de ejecución, de tal forma que quién figure en éste con el derecho a dirimir la prestación será el ejecutante y el obligado a ella el ejecutado.

El título ejecutivo delimita por tanto el ámbito subjetivo de la ejecución tal forma que si la actividad ejecutiva se sale de este cauce predeterminado de antemano, casi siempre se estará contraviniendo lo ejecutoriado y por tanto ello servirá para articular tanto un recurso de suplicación, como de casación, artículos 191.2 y 204.2° de la L.R.J.S.).

No obstante, como ya se ha adelantado pueden aparecer como ejecutantes, ejecutados, personas o entidades no contemplados en el título, si bien esto último es excepcional.

Esta legitimación que podríamos denominar derivada puede originar por fenómenos sucesorios tanto *inter vivos* como *mortis causa*. El propio legislador se hace eco de ellos en el Art. 238 al regular junto con los acreedores y deudores del título ejecutivo (ejecutante y ejecutado) a los que a sido declarados sucesores de unos u otros, para diferenciarlos de otros por terceros, lo que hace prueba de su trato equivalente al ejecutante y ejecutado originarios.

La sucesión en el papel de ejecutante por una transmisión *inter vivos* no puede admitir dados los estrictos términos de los artículos 245 de la L.R.J.S. y 3.5° E.T. al prohibir la transacción o renuncia que conlleva una transmisión de los derechos reconocidos en sentencia, aunque se debe entender también incluidos lo que contenga otro título ejecutivo.

Más frecuente será en cambio los supuestos de transmisión *mortis causa* en los que los herederos del trabajador o beneficiario de la Seguridad Social, continuarán como ejecutantes la ejecución del causante; aunque naturalmente ha de hacerse constar y probarse en el proceso.

Es difícil pensar en otro tipo de sucesión distinta de las contempladas, sin que se entienda a quien se refiere el legislador cuando habla en los artículos 262 y 264 de «responsables legales solidarios y subsidiarios».

Si lo que se piensa es en que el título ejecutivo contempla varios ejecutados obligados solidariamente, no habrá ninguna dificultad ya que será una ejecución normal, pudiendo el ejecutante dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente, artículo 1.144 del Código Civil, pudiendo elegir el ejecutante y variar la opción del ejecutado a su antojo sin que se pueda hablar de una sucesión extraña.

Si por el contrario lo que se imagina es la posibilidad de «extender la ejecución» a un posible deudor no recogido en la sentencia o en la conciliación, en base a una responsabilidad legal, solidaria o subsidiaria, la pretensión no prosperará ya que en este caso, a mi juicio se produciría una desviación de la actividad ejecutiva, denunciable en Suplicación o Casación ya que la posible responsabilidad de otras empresas, en los supuestos de los artículos 42,43, y 44 del E.T. sólo se puede hacer valer si fueron demandados y condenados en la sentencia.

Un supuesto de responsabilidad subsidiaria es la que asume el FOGASA respecto a los créditos salariales e indemnizatorios según el artículo 33 del E.T, pero sin que se pueda hablar tampoco de una sucesión en el papel del ejecutado ya que la ejecución no se dirige normalmente frente a él, salvo el raro supuesto del artículo 274.4º de la L.R.J.S.

En cambio si se puede hablar de una especie de sucesión en la posición del ejecutante protagonizada por el FOGASA cuando dicho organismo subroga en los créditos de los ejecutantes, por él abonados, si bien esta sucesión es especialísima ya que puede concurrir en la ejecución con los ejecutante que pueden proseguir la ejecución por la parte no satisfecha por el Fondo, artículo 24.2º de la L.R.J.S..

No obstante y con todas las limitaciones señaladas anteriormente, el nuevo tramite incidental del artículo 238 puede ofrecer muchas expectativas para solucionar en esa sede algunas de los frecuentes cambios ficticios y fraudulentos en las denominaciones de las empresas condenadas en la sentencia y más si según el artículo 75 de la L.R.J.S. se deben rechazar las pretensiones que entrañe un abuso de derecho o un fraude de Ley.

Señalar por último que la sentencia del Tribunal Constitucional 206/89 de 14 de diciembre ha admitido expresamente la posibilidad de declarar en el proceso de ejecución sin necesidad de acudir a un declarativo ordinario la sucesión del acreedor o deudor del título ejecutivo.

Por lo que respecta los límites personales de la ejecución y al supuesto de Sucesión de Empresa la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de diciembre de 1992 impidió que la consigna a una empresa constituida en Sociedad Anónima se extendiese, en ejecución de la sentencia, a otra sociedad, en este caso Sociedad de Responsabilidad Limitada, aún teniendo la misma denominación que la condenada y cuyos accionistas coincidían y además con las mismas participaciones, entendiéndose que ejecución no podría alcanzar a la Sociedad Limitada, porque no fue parte en el proceso declarativo ya que de lo contrario si se estableciese en la fase de ejecución, la sucesión de empresa del art 44 de la E. T., sería ir en contra de lo previsto en el art 191.2.º de la L.R.J.S., siendo tema no controvertido en el pleito ni decidido en la sentencia.

La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 30 de diciembre de 1993, en un supuesto en el que el FOGASA, en subrogación por las prestaciones de garantía salarial abonadas a los ejecutantes, pretendía extender la ejecución a una empresa, la cual alegaba haber sucedido a la condenada y ejecutada y que además había adquirido su maquinaria y plantilla, pretende distinguir varios supuestos a la hora de extender ejecución a personas o entidades no condenadas en la sentencia.

En este sentido sienta dos primeras premisas:

1: Se ha de partir del principio de la irrecurribilidad de las sentencias firmes, artículo 267 de la L.O.P.J.).

2: No se debe producir indefensión a aquél frente a quien se dirige la ejecución. Con posterioridad diferencia varios casos, según la claridad de la transmisión y así distingue:

a) Supuestos en los que resulta actualmente pacífico el criterio de la existencia de una sucesión procesal en la fase de ejecución de sentencia sin necesidad de nuevo juicio declarativo, en los casos de sucesión por orden o por norma jurídica, como puede ser el caso tan frecuente de la Mutualidad de la Previsión de los funcionarios del extinto Instituto Nacional de previsión, que se integró en el denominado Fondo Especial del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

b) Casos en los que la transmisión de la empresa del artículo 44 del E. T. resulta diáfana, sin dejar lugar a dudas, por ejemplo transmisión *mortis causa*, cambio de razón social etc., en cuyos casos el trámite establecido en el artículo 238 de la L.R.J.S. no produce indefensión al nuevo ejecutado, quien en la práctica y al ser evidente que ha asumido la postura procesal del anteriormente ejecutado, no efectuará oposición alguna asumiendo sus obligaciones.

c) Por último, el supuesto más frecuente y que plantea problemas, en que la propia transmisión de empresa y la aplicación del artículo 44 del E.T., es negado por el nuevoejecutado, dándose una auténtica controversia fáctica y jurídica entre las partes, que afirman y niegan que tal sucesión se haya producido «y para cuya declaración se habrá de tener en cuenta la concurrencia o no de múltiples datos e indicios, para lo cual la vía incidental del artículo 238 de la L.R.J.S. es claramente insuficiente a fin de garantizar que no se produzca indefensión en el nuevo ejecutado, razón por la que se hace preciso la existencia de una sentencia judicial firme dictada en proceso ordinario, con todas las garantías, entre las que se encuentran, el escrito de demanda, alegación de excepciones, fase probatoria con posibilidad de articular pruebas documentales, periciales, de confesión en juicio, testificales, etc., fase de conclusiones y sentencia y los posibles recursos frente a la misma.

El artículo 20 de la L.R.J.S. contempla una legitimación extraordinaria para intervenir en la ejecución por parte del Sindicato al que está afiliado el demandante. Así dicho Sindicato podrá instar la ejecución, si bien deberá tener

la autorización del trabajador, si bien ésta se presume concedida, salvo declaración en contra del afiliado.

Estamos en este caso ante una sustitución procesal incompleta, que si bien puede ser admitida según Rios Salmeron (6) en el caso de que el Sindicato haya accionado previamente la demanda declarativa, no merece opinión favorable cuando la sentencia o conciliación se ha obtenido sin la intervención sindical, cosa dudosa ya que aunque el Sindicato no haya encabezado la demanda o la papeleta de conciliación ésta habrá sido confeccionada por el Abogado del Sindicato.

Por lo que hace referencia a la postulación según lo dispuesto en el artículo 18 de la L.R.J.S. el ejecutante o el ejecutado podrá comparecer por sí mismo o representado por Procurador, Abogado o por cualquier persona que esté en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, además podrá si así lo desea ser asistido de Abogado sin que en cualquier caso deba abonar los honorarios o derechos de estos profesionales, al deber correr el ejecutado con el pago de las costas, artículos 21, 25 Y 267 de la L.R.J.S. y 576 de la L.E.C., si bien esto no es más que una bonita declaración, debido al gran número de insolvencias que se dictan en los Juzgados y a que en el mejor de los casos lo que se obtiene en la subasta no cubre ni siquiera el principal reclamado.

El ejecutado ocupa una posición subordinada en la ejecución, debido como se vio a la quiebra de los principios de igualdad y contradicción de la fase ejecutiva que se caracteriza por su escasa contradicción al estar limitada la cognición por los límites del título ejecutivo; con lo que el ejecutado «soporta» más que protagoniza esta fase.

En realidad y en la práctica el que verdaderamente «soporta» la ejecución, es el ejecutante y por supuesto el juzgado, que ve con asombro como se alarga y complica la ejecución y como rara vez se satisface íntegramente la pretensión ejecutiva.

Fenech (13) diferencia la posición del Juez en la fase declarativa, como árbitro imparcial que vela por mantener la posición simétrica de las partes.

En cambio, en la ejecución es el titular de la función de ejecutar, que debe realizarse con los medios legales, prescindiendo de la voluntad del ejecutado.

F. Terceros intervinientes en la ejecución.

Aunque los principales protagonistas de la ejecución son la parte ejecutante y ejecutada, ello no impide que otras personas o entidades puedan intervenir con mayor o menor relevancia en el proceso ejecutivo.

Se ha solido dar una definición inútil o cuando menos poco expresiva de tercero designando así a «aquel que es extraño al proceso de ejecución».

34

Rios Salmeron (6): "Curso de procedimiento laboral"
Ed. Tecnos 2012

Fenech (13): "El procedimiento civil". Civitas pág 187.

Doctrinalmente se considera tercero a aquél que no es parte en la relación jurídico-procesal que se constituye entre el ejecutante y el ejecutado y que

viene delimitada como ya vimos en el propio título de ejecución.

La L.R.J.S. ha estado muy acertada al definir a estos posibles intervinientes en la ejecución en su artículo 240 así como al regular el alcance de su intervención, sin perjuicio de que en otros preceptos, como se verá, se prevén otras intervenciones distintas.

La noción que el artículo 240 da de estos terceros se caracteriza por la concurrencia de dos requisitos, uno negativo o excluyente y otro positivo.

La nota negativa viene determinada por la exigencia de que estos terceros no pueden ser acreedores o deudores del título ejecutivo, esto es ni ejecutantes ni ejecutados, ni tampoco sucesores de ellos.

El requisito positivo lo constituye la titularidad de derecho o interés legítimo y personal que pudiera resultar afectado por la ejecución que se trate de llevar a cabo.

Tradicionalmente los terceros no intervenían en la fase declarativa salvo supuestos esporádicos, como tampoco en la ejecución, a excepción de los casos de las tercerías. Ahora el artículo 240 con la dicha formulación amplia y genérica ofrece más expectativas a esta intervención.

El fundamento legal de esta participación se venía recogiendo en textos anteriores a la nueva L.R.J.S.

Así el artículo 240 párrafo 2º de la L.E.C. obliga a notificar las resoluciones judiciales, cuando así se ordene a las personas a quienes se refieren o puedan deparar juicio; a su vez el artículo 270 de la L.O.P.J., reproduce similar contenido; sin olvidar que el artículo 24 de la Constitución hace destinatario de la tutela judicial no sólo a las partes del proceso sino a «todos las personas titulares de derechos o intereses legítimos».

La jurisprudencia constitucional ya consideró digna de protección y por tanto legitimó la participación procesal de estos terceros en las sentencias 4/85 de 18 de enero; 198/87 de 17 de diciembre; 123/89 de 6 de julio y 163/89 de 16 de octubre; así como la Sala IV del Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de diciembre de 1988.

El alcance de la intervención se contempla en términos muy amplios que no sólo obligará al órgano ejecutor a notificar a los terceros todas las resoluciones judiciales que afecten, sino que su participación es en «condiciones de igualdad con las partes» por lo que se debe entender su legitimación para recurrir dichos proveídos, así como su necesaria audiencia e intervención en los actos que les afecten, por ejemplo comparecencias, avalúo de bienes etc.

Fuera del artículo 240 se contemplan supuestos concretos de intervención de terceros; así se pueden señalar:

- Representantes de los Trabajadores: Si se despacha ejecución por un principal considerable el artículo 252 obliga al órgano judicial a notificar el auto decretando la ejecución y las resoluciones sobre embargos al Comité de

Empresa, Delegados de Personal, posibilitando su comparecencia y también la de los Delegados Sindicales, dados los términos de equiparación de la L.O.L.S., en el proceso de ejecución.

Este precepto guarda íntima conexión con el artículo 243 que legitima a dichos órganos de representación a pedir la suspensión de la ejecución.

- Acreedores Registrales: Estos titulares de créditos sobre los inmuebles embargados pueden ver anuladas sus anotaciones por el juego de la preferencia crediticia del artículo 32 del E.T.; con lo que su intervención en el avalúo y subasta del bien se contempla expresamente en el artículo 259.2º de la L.R.J.S., si bien no se puede entender limitada a los acreedores posteriores en su anotación al ejecutante, sino también a los anteriores.

- Expresamente prevé el artículo 260 la intervención de un tercero que invoque el dominio de los bienes embargados (tercería de dominio), así como la participación de terceros, sean acreedores laborales o no del ejecutado, alegando un derecho a ser reintegrado de su crédito con preferencia al acreedor ejecutante tercería de mejor derecho, artículo 275 LRJS.

Estas tercerías, Blasco Pellicer (33) eran los únicos supuestos en los que tradicionalmente se preveía la intervención de persona ajena a la ejecución, estribando ahora la novedad en que su resolución corresponde a los Juzgados de lo Social y no como antes a los órganos jurisdiccionales civiles.

- Intervención especial es la que protagoniza El Fondo de Garantía Salarial. Este Organismo Autónomo dependiente del Ministerio de Trabajo asume la responsabilidad subsidiaria, tras la oportuna declaración de insolvencia del ejecutado en el pago de los salarios o indemnizaciones de los trabajadores artículo 33 del E.T.) que le legitima para una amplia y, diversa intervención en el proceso de ejecución. Su organización administrativa y funcionamiento viene previsto en el Real Decreto 505/1985 de 6 de marzo.

Esta responsabilidad en el pago, tras la declaración de insolvencia por el Juzgado, fundamenta su intervención en un trámite de audiencia previa a la declaración en el que, en un plazo de quince días pueda instar las diligencias averiguatorias o de embargo que desee y designe a tal efecto los bienes oportunos, artículo 274.1.º de la L.R.J.S.

- Además está legitimado para solicitar la suspensión de la ejecución, cuando la prosecución de ésta ponga en peligro la continuidad de la empresa y postular en este sentido la declaración de la denominada «insolvencia técnica».

Por otro lado si ya en la sentencia se declara expresamente la responsabilidad subsidiaria de FOGASA y se determina líquidamente las cantidades a su cargo el artículo 274.4º prevé una intervención del Fondo como ejecutado si no los abona.

35

Por último hacer referencia a otra modalidad de intervención del FOGASA en la ejecución; producido el pago a los ejecutantes por dicho organismo, éste se subroga en sus derechos frente al ejecutado, con lo cual aquí el FOGASA interviene como ejecutante.

Se volverá con más detenimiento sobre estos temas al tratar la declaración de insolvencia.

En un sentido más amplio también pueden intervenir en la ejecución terceras personas o entidades obligadas a colaborar con el órgano judicial en la ejecución.

En estos casos no estamos ante terceros titulares de un derecho o interés legítimo, artículo 240 LRJS, sino ante supuestos de colaboración obligatoria con el órgano ejecutor.

Así el Art. 75.2º de la L.R.J.S. establece que «quienes no sean parte en el proceso, deben cumplir las obligaciones que les impongan los Jueces y Tribunales ordenados a garantizar los derechos que pudieran corresponder a las partes y a asegurar la efectividad de las resoluciones Judiciales».

Obligaciones concretas de este tipo se imponen a los organismos y registros públicos, artículo 248.1º ya las entidades financieras o depositarias, respecto a los bienes y derechos de los que pueda ser titular el ejecutado, artículos 248.2º y 247.3.

Asimismo puede intervenir en la realización de los bienes embargados un *perito* que los valore o incluso varios, artículo 259, así como un *depositario*, artículo. 255 o incluso el FOGASA, las Entidades Gestoras de la Seguridad Social y diversas entidades con o sin autorización administrativa pueden hacerse cargo del depósito, administración, peritación, conservación, transporte y publicidad para la venta de los bienes embargados.

Sobre las actividades de depósito, peritación y administración se volverá al tratar de la realización forzosa de los bienes.

XI. LA EJECUCION DINERARIA: IDEAS GENERALES Y NORMATIVA APLICABLE.

La ejecución dineraria es la que reviste mayor importancia ya que esta modalidad de ejecución consistente en la entrega de una cantidad de dinero es la que con mayor frecuencia estadística se presenta en los Juzgados y sin olvidar que *los otros dos tipos de ejecución consistentes en un hacer o no hacer algo y en entregar una cosa distinta del dinero, se transforman en dicha ejecución cuando no pueden ser cumplidas en forma específica, como se vio en su momento.*

La normativa de aplicación a toda la ejecución y en concreto a la dineraria ha sufrido una importante transformación con la promulgación de la nueva L.R.J.S.

Así y si con anterioridad la ejecución social era casi totalmente dependiente en su regulación de su homónima civil, debido a las escasas previsiones que de ella se hacían en los códigos procedimentales sociales, el nuevo texto, articulado prevé, como se vio una amplia regulación de la ejecución laboral, eso sí con menor número de artículos que preveía el Anteproyecto; lo que destaca en especial en lo referente a la ejecución dineraria normando aspectos relativos al embargo, realización de los bienes y pago desconocidos por textos anteriores.

Esta amplitud de contenido normativo, no impidió que el legislador dejándose llevar por una tradición legislativa volviese a reiterar en su nuevo texto que la ejecución se lleva a cabo en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la ejecución de las sentencias dictadas en los juicios verbales, artículo 237.1º, remisión al juicio verbal nada relevante y de poco contenido práctico ya que el artículo 738 de la L.E.C. se limita a ordenar proceder por los trámites para la ejecución de sentencias, esto es a los artículos 919 y S.S. si bien reduciendo los términos (en realidad plazos) de modo que en ningún caso excedan de la mitad del tiempo de los allí establecidos.

El artículo 738 de la L.E.C. ha sido derogado por la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal.

Esta remisión en bloque a la L.E.C. planteará muchos problemas a los que haré referencia más tarde. Para una mayor orientación se puede señalar que los preceptos a aplicar, eran los artículos 919 al 950 de la L.E.C. en cuanto a la iniciación de la ejecución, devengo de intereses desde la fecha de la sentencia y condena en costas, artículo 576.

En cuanto al embargo, el artículo 576 LRJS nos remite a la forma y al orden establecido para el juicio ejecutivo.

Por lo que respecta a la valoración y venta de los bienes y al pago al ejecutante, el artículo 634 señala la sujeción a las reglas del procedimiento de apremio después del juicio ejecutivo.

Hay que adelantar que todas estas remisiones a la L.E.C. hay que entenderlas siempre y cuando no regule la L.R.J.S. estas cuestiones como se verá que en muchos aspectos lo hace.

Los artículos 576 y 577 de la L.E.C. encuadrados en el Tít. VIII del Libro II bajo el epígrafe: «De la ejecución de las sentencias" nos remiten para las fases más importantes de la ejecución a la regulación que de estas materias hace el juicio ejecutivo, con lo que se incurre en un grave defecto sistemático ya se convierte en institución de aplicación a todo tipo de ejecución, como el embargo, avalúo, venta y pago, en la regulación de un proceso especial como es el juicio ejecutivo; en vez de dedicar un Libro o un Título de aplicación general referente a la ejecución con todas sus vicisitudes. Hasta que esto ocurra la regulación del juicio ejecutivo seguirá constituyendo una auténtica «Parte General" en lo que se refiere a la ejecución.

La remisión que la L.R.J.S. hace a la L.E.C., tanto en el artículo 237.1º como en su Disposición Adicional la, debe ser comprendida en sus justos términos.

En primer lugar; la L.E.C. es supletoria es decir su papel es cubrir las lagunas que tenga la L.R.J.S. pero en ningún caso lo que se puede producir es una suplantación de un texto procesal por otro, ya que de regular una materia o caso concreto la L.R.J.S. ésta será de aplicación preferente.

Incluso en los casos de aparente laguna del texto laboral el órgano ejecutor tendrá que realizar una labor de interpretación integradora y en alguno casos analógica ya que el acudir directamente al precepto procesal civil podría dar lugar a soluciones en abierta contradicción con los principios inspirador" del proceso laboral al estar sometido el procedimiento civil a unos puntos de actuación distintos; como por ejemplo en la ejecución.

En segundo lugar la regulación de ambos textos está en abierta contradicción, como por ejemplo en el juramento de manifestación, la irrenunciabilidad de los derechos, el depósito y peritación de los bienes, valoración y reducción de las cargas de la finca embargada, la regulación de la tercera subasta de adjudicación y las reglas sobre la acumulación de ejecuciones.

Además el carácter oral de las comparecencias incidentales reguladas expresamente en el artículo 238 de la L.R.J.S. hace que no sea aplicable la regulación que a los incidentes dan los artículos 741 y ss de la L.E.C.; ni la que los artículos 613 y ss del mismo texto prevén para las tercerías.

Por tanto, se puede afirmar que no obstante la supletoriedad de la L.E.C. "estamos ante un verdadero proceso de ejecución laboral autónomo.

La ejecución dineraria, por otro lado se caracteriza por una gran dispersión normativa.

El órgano ejecutor deberá tener en cuenta además de la L.R.J.S., la supletoria L.E.C.; y en el caso de que se ejecuten bienes inmuebles la Ley y el Reglamento Hipotecario, sin olvidar que tratándose de las preferencias crediticias de los salarios e indemnizaciones, que no olvidemos suponen el 90% de las ejecuciones dinerarias de los Juzgados podrán entrar en juego preceptos de la Ley Concursal, como del Código de Comercio y del Código Civil en lo que hacen referencia a la prelación de créditos, eso sí con su necesaria acomodación a lo dispuesto en el artículo 32 del E.T. y su interpretación jurisprudencial.

Este complejo problema preferencial con su extensa dispersión normativa se ve ampliado cuando lo embargado es un buque ya que ni el artículo 32 del E.T, ni la nueva L.RJS lo aborda, debiendo en ese caso conjugarse las disposiciones contradictorias de dicho artículo con las establecidas en el Código de Comercio.

Con la Ley de Hipoteca Naval de 21 de agosto de 1983 y el Convenio de Bruselas de 10 de abril de 1926 sobre privilegios e hipotecas marítimos ratificados por España, que parece ampliar los privilegios extraordinarios del artículo 32.1º del E.T. a todos los créditos derivados del contrato de servicio del capitán, tripulación y de otras personas al servicio del buque.

Respecto al normal desenvolvimiento de la ejecución dineraria se pueden observar unas cinco fases que se corresponden casi paralelamente con las cuatro secciones que el Cap. 2° de la Ley dedica a este tipo de ejecución.

Así se pueden ver las siguientes etapas:

A. Escrito de solicitud de ejecución.

Contemplado en el artículo 239 de la L.R.J.S. en las disposiciones de la ejecución, debiendo remitir a lo ya dicho respecto al contenido mínimo de dicha solicitud. Por analogía con la fase declarativa debe ser de aplicación a los posibles defectos u omisiones de dicho escrito la técnica subsanatoria prevista en el artículo 81, es decir concesión de un plazo de 4 días al ejecutante para que los subsane.

Tras el oportuno auto despachando la ejecución, el órgano judicial practicará diversas diligencias averiguatorias contempladas en los artículos 247 y 248 de la L.R.J.S.

B. El Embargo

De esta fase se ocupan los artículos 254 a 260 LRJS, no siendo ésta precisa cuando se acordó previamente un embargo preventivo. Si bien será preciso la declaración de su transformación en traba definitiva.

C. Realización de los bienes embargados.

Aparece regulada en los artículos 261 a 267 LRJS. No es necesaria la realización, cuando lo embargado haya sido dinero en efectivo.

Las formas de realización de los bienes pueden ser mediante su enajenación bien por una Entidad autorizada públicamente, bien por subasta ante fedatario público o bien mediante subasta judicial, artículo 263 LRJS.

Otras formas pueden ser la adjudicación o la administración forzosa.

D. Pago

Contemplado en los artículos 268 a 275. No se llega a esta fase cuando lo que hubo fue una adjudicación o administración forzosa.

E. Insolvencia Empresarial

La L.R.J.S. dedica a este acto los artículos 276 y 277; siendo esta fase propia y exclusiva del proceso laboral, además de ser la forma de terminación de casi todas las ejecuciones, dada la naturaleza de las empresas que llegan a los Juzgados y dados los medios de los que dispone el órgano ejecutor.

A estos efectos hay que señalar que la ejecución de las resoluciones judiciales y la eficacia y medios del órgano ejecutor es el «verdadero termómetro de la eficacia de la Administración de Justicia» ya que de nada sirve dictar muchas sentencias si luego y como resulta en la práctica las cantidades reconocidas son abonadas y no lo olvidemos sólo en una parte, por el Fondo de Garantía Salarial organismo financiado con fondos públicos y con las oportunas cotizaciones de los empresarios, dándose la paradoja que estos empresarios sean los que estén pagando, junto con el Estado las sentencias que condenan a otras empresas incumplidoras a los que por falta de medios y mecanismos rápidos de investigación de bienes, objeto de embargo; el órgano judicial no puede ejecutar correctamente.

La Manifestación de Bienes y Derechos del Ejecutado

Era tradicional la queja de la doctrina científica y de los órganos judiciales de que el ordenamiento jurídico español no recogiera la obligación del ejecutado de informar al órgano ejecutor sobre su patrimonio afecto al cumplimiento de sus obligaciones.

Así se venía afirmando con toda la razón que esta falta de cooperación del ejecutado era la causa principal de la ineficacia del proceso de ejecución.

En contra el derecho comparado venía ofreciendo soluciones más acordes con las exigencias de la buena fe, imponiendo al ejecutado obligaciones más o menos amplias y rigurosas a la vez que sanciones a dicha pasividad. Mientras tanto nuestro ordenamiento jurídico, inexplicablemente protegía más y más al deudor, claro está y siempre que el acreedor no fuera el Estado, mostrando la L.E.C. una postura demasiado condescendiente con el deudor.

En el Derecho Alemán se conocía desde hace tiempo la institución denominada juramento de manifestación que obligaba al deudor ante la insuficiencia del embargo a presentar inventario de sus bienes y derechos, pudiendo acarear su no presentación la prisión por un período de hasta 6 meses y la inclusión en una "lista negra" que podía ser examinada públicamente.

La situación normativa anterior a la nueva L.R.J.S. presentaba insuficiencias al respecto, ya que el artículo 1.455 de la L.E.C. no contemplaba la manifestación de bienes y derechos del ejecutado, al igual que la anterior L.P.L. de 1980.

El actual, artículo 249 LRJS regula esta manifestación del ejecutado de una forma muy amplia.

Respecto al contenido y alcance de la obligación del ejecutado es preciso señalar que:

A) La manifestación del ejecutado no está supeditada a diferencia de la institución germana, a un previo embargo inexistente o insuficiente y por tanto el juramento se puede adoptar lo mismo antes o después del embargo. *Por* motivos de economía procesal es conveniente que en el mismo auto

despachando la ejecución se añada un pronunciamiento por el que se requiera el ejecutado para que manifieste sus bienes y derechos

B) El ejecutado además debe precisar las personas que ostenten derechos sobre sus bienes; al fin de posibilitar su intervención en la ejecución, artículo. 238 y hacer valer sus derechos, que podrán ser o no pospuestos, siendo el Juzgado executor el competente para dilucidar sus posibles preferencias, mediante la tercería de mejor derecho, artículo 275 LRJS o los posibles conflictos de titularidad o reserva de dominio, a través de la tercería de dominio, artículo 260 LRJS.

Puede ocurrir que la intervención de estos terceros se limite al avalúo y subasta, como por ejemplo los acreedores registrales de la finca embargada. El ejecutado deberá manifestar igualmente si los bienes embargados pertenecen a la Sociedad de gananciales a efectos de notificar su embargo al cónyuge no deudor y posibilitar el ejercicio por éste de las facultadas previstos en el artículo 1.373 del Código Civil.

Además si sus bienes o derechos están afectos a otro proceso deberá identificar dicho procedimiento a fin de que por el órgano judicial no se adopten actuaciones innecesarias si el otro órgano judicial trabó antes los bienes ya que en este caso será ese Juzgado el que sea preferente para seguir la ejecución, artículo 248 de la L.R.J.S. sin perjuicio de decretar el oportuno reembargo, artículo 258 LRJS.

C) La manifestación comprende en el caso de que el bien esté gravado con cargas reales, la obligación de informar sobre el importe del crédito contraído y la parte pendiente de pago. El término carga real debe ser interpretado en sentido amplio y extenderlo además de a los inmuebles inscritos en el Registro a otros muebles como por ejemplo vehículos y diversa maquinaria que accede a otros registros, en los que puede ocurrir no se haya anotado dichos créditos o incluso anotados sus importes no figuren actualizados.

Si el ejecutado no manifiesta las cargas (personas con derechos sobre sus bienes) el medio de suplirlo y además fehacientemente en el caso de los inmuebles, es la certificación registral (Art. 253); si de lo que no se informa es de la cuantía del crédito garantizado y la parte pendiente de pago, ésta omisión se puede suplir solicitándola del acreedor (art. 247.3).

El deber de manifestación comprende tanto bienes como derechos del ejecutante a terceros. Las personas obligadas a efectuar la manifestación son los administradores y representantes de las personas jurídicas y a los organizadores o directores de las Comunidades y grupos sin personalidad (Art. 247.2º), es decir, las mismas personas que representan a estas Entidades en el proceso de ejecución (Art. 16.5º de la L.R.J.S.)

La efectividad de esta institución vendrá determinada por las consecuencias de su incumplimiento que como se verá apuntan una pésima conclusión.

Se pueden señalar diversas consecuencias:

- La actividad del ejecutado ocultando sus bienes puede ser constitutiva de un delito de alzamiento de bienes, posibilidad de escasa relevancia práctica si atendemos como señala Montero Aroca (2) a la estadística judicial de este tipo de delito.

- Como medida de compulsión más efectiva puede ser la prevista en el Art. 499 bis del Código Penal que tipifica como delito contra la libertad y seguridad en el trabajo la actuación de quienes en caso de crisis de una empresa hiciesen ineficaces maliciosamente los derechos de los trabajadores. En este caso la compulsión que induzca al ejecutado a efectuar la manifestación de sus bienes puede ser, la previsión que establece el último párrafo de dicho artículo cuando impone la pena a los administradores o encargados del Servicio que hubieran cometido la conducta o que, conociéndola y pudiendo hacerlo, no hubieran adoptado medidas para remediarla. En cualquier caso la responsabilidad civil subsidiaria es de la empresa.

El incumplimiento del requerimiento judicial puede conllevar la imposición del apremio pecuniario general del Art. 239.2 que recordarse puede alcanzar hasta un máximo de 601,01 euros por cada día de retraso.

La efectividad del juramento desde un punto de vista práctico es escaso, ya que en realidad ningún ejecutado lo presta y la imposición del apremio pecuniario lo único que conseguirá será el adoptar otra resolución judicial y engordar la cantidad por la que se despacha la ejecución sin conseguir embargo alguno ya que sí el ejecutado cuenta con un patrimonio fácilmente identificable y descubrible no hace falta la manifestación y cuando sus bienes y derechos están ocultos, lo que ocurre casi siempre será que el ejecutado o no prestará el juramento o su contenido será el que se resume con una frase celebre en la práctica forense "soy insolvente".

Por último señalar que jurisprudencialmente ya ha sido admitida la constitucionalidad, por no afectar a la intimidad personal y familiar la obligación de colaboración del ejecutado en cuanto a datos referentes a la declaración de renta o patrimonio. (Sentencias del Tribunal Constitucional de 26-4- 90 y 24-11-84).

En este caso, como en otros muchos, el legislador comete el defecto de transportar a nuestro entorno, instituciones de inspiración germánica, de amplia tradición e implantación en países con una cultura determinada. Si se me permite la exageración, en Alemania un ciudadano con una condena judicial a

36

Montero Aroca (2): "Ejecución provisional de sentencias en el proceso laboral"
Ed. Titant Lo Blanch, 1999

abonar una determinada cantidad, o incluso una deuda con su vecino, se siente realmente abrumado y sin poder casi salir a la calle; de ahí que cobre sentido la publicación de esa lista negra.

En nuestro país y en otros de nuestro entorno, el contraer deudas con organismos públicos y el no cumplir las Sentencias se considera por un sector de la población, como normal.

Mi experiencia personal, es que lo mejor que se podía haber hecho hubiera sido sustituir tal juramento por un acceso rápido y directo a registros y entidades financieras.

XII. EL FUNDAMENTO DE LA EJECUCION PROVISIONAL

A) Concepto

La ejecución provisional se regula en el Título II del Libro IV de la L.R.J.S., concretamente en los artículos 289 a 304.

Es una institución característica del procedimiento laboral, pues tiene su origen en la Ley de 10 de noviembre de 1942.

Hasta la LEC del año 2000 no se incorpora la ejecución provisional al procedimiento civil.

Fenech Navarro (13) definió la ejecución provisional como: “un instituto en virtud del cual el órgano jurisdiccional, ante una sentencia dictada por el mismo, y pendiente de algunos de los recursos permitidos por la Ley, dicta dicha resolución de eficacia ejecutiva, con anticipación al momento normal de ello que es el de la firmeza de la resolución”.

B) Requisitos

Con carácter previo, es importante mencionar la STC 191/00 de 13.07.00 Sr. Cachón Villar, que hace un resumen de la doctrina de dicho Tribunal acerca de la ejecución provisional, en general, y de determinados particulares de la misma, y que puede resumirse en:

1) El derecho a la ejecución provisional de las sentencias no es un derecho fundamental comprendido en el artículo 24.1 CE, sino un derecho establecido por la legislación ordinaria, sometido, por tanto, en cuanto a la concurrencia de los requisitos sobre su procedencia o improcedencia, a la decisión de los órganos judiciales.

37

Fenech Navarro (13): “El procedimiento civil”
Civitas, pág 190

2) Tiene por objeto proteger al trabajador y pretende evitar el “periculum in mora”.

3) El mantenimiento legal de la “reciprocidad de prestaciones”, si bien este apartado, se refiere en concreto a la ejecución provisional en materia de despido.

4) La ejecución provisional tiene el carácter de “procedimiento autónomo” respecto del desenlace del recurso interpuesto contra la Sentencia, pero esto es cierto si nos referimos a los artículos 300 y 294.2.

Por último, se está ante obligaciones de inmediato cumplimiento, haciéndose remisión al artículo 304.3 respecto de los recursos. Cruz Villalon (14), en su “Ejecución provisional en el proceso laboral” destaca unos aspectos distintos respecto a otros órdenes. No hay exigibilidad de reintegro de lo percibido, en caso de sentencias en materia de incapacidad de la Seguridad Social.

Así mismo, es de destacar que si bien hay pocas novedades respecto a la ejecución provincial, en materia de Seguridad Social, el artículo 296 de la LRJS atribuye al juez o a la sala la facultad de despachar o denegar la ejecución provisional de sentencias condenatorias a obligaciones de hacer o no hacer, se dice “ podrá acordar”, ponderando las circunstancias concurrentes.

En ejecución provisional de sentencias de despido, se incluye en el apartado 2º del artículo 297 LRJS, la previsión de que en los supuestos de que la sentencia recurrida hubiera declarado la nulidad del despido o de la decisión extintiva de la relación de trabajo puedan adoptarse medidas cautelares, en especial para la protección frente al acoso, en los términos del apartado 4º del artículo 180, medidas por tanto, de suspensión de la relación o exoneración de prestación de servicios, traslado de puesto o centro de trabajo y otras que pudieran afectar al presunto vulnerador de derechos fundamentales y libertades objeto de la pretendida tutela.

Así mismo, en los artículos 111 y 112 LRJS, se han introducido modificaciones en relación con la regulación de los efectos del recurso contra la sentencia de despido improcedente y de los efectos del recurso contra la sentencia de despido improcedente de un representante legal o sindical de los trabajadores, sustituyendo la antigua expresión “no procederá la ejecución provisional de la sentencia” por “no procederá la readmisión ni el abono de los salarios mientras penda el recurso”.

La regulación de la LRJS aclara que en los supuestos de despido improcedente con opción por la indemnización no procede la ejecución provisional de la

38

Cruz Villalon (14): “La ejecución provisional en el proceso laboral”,
Tecnos 2000

sentencia, en los términos del artículo 297 (que tiende a que se cumpla la obligación de readmisión y abono de los salarios durante la tramitación del recurso), pero sí la ejecución provisional regulada en el artículo 301, en virtud del cual, en los casos en que no proceda la aplicación de las normas de ejecución provisional establecidas en el capítulo (siendo el supuesto típico, precisamente, la sentencia de despido improcedente con opción por la indemnización) si concurren los presupuestos necesarios, podrán concederse anticipos reintegrables, cuando la sentencia recurrida declare la nulidad o improcedencia del despido.

En materia de sentencias condenatorias recaídas en otros procesos, regulado en el artículo 301 LRJS, se añaden dos supuestos, el primero es la ejecución provisional de sentencias recaídas en procesos seguidos en impugnación de actos administrativos en materia laboral, sindical y seguridad social, respecto de las que podrá acordarse la ejecución provisional, salvo que la misma, sea susceptible de producir situaciones irreversibles o perjuicios de difícil reparación, remitiéndose en materia de prestaciones de Seguridad Social, a la normativa específica, artículos 294 a 296.

El segundo supuesto regula la ejecución provisional de la sentencia que acuerde la extinción del contrato de trabajo a instancia de un trabajador con fundamento en el artículo 50 ET, que en concordancia con el artículo 305LRJS, declara que las sentencias favorables al trabajador o beneficiario que no puedan ser ejecutadas provisionalmente conforme a esta Ley, podrán serlo en la forma y condiciones establecidas en la legislación procesal civil.

En los supuestos en que el recurso lo haya interpuesto el trabajador, en caso de no estar conforme con la indemnización reconocida, al no discutirse el pronunciamiento extintivo de la relación laboral,, la única ejecución que será definitiva parcial sobre el pago de la indemnización y en su caso salarios objeto de la condena, si se ha acumulado dicha pretensión.

En este caso, la ejecución provisional se lleva a cabo, dándole al trabajador el derecho de opción entre continuar prestando servicios o cesar en la prestación en cumplimiento de la sentencia, quedando en este último caso en situación de desempleo involuntario desde ese momento, sin perjuicio de las medidas cautelares que pudieran adoptarse.

XIII. CUESTIONES PROCESALES CONTROVERTIDAS

A) La incidencia de la modificación del artículo 56 ET, en concordancia con los artículos 278 y ss LRJS.

El artículo 56 del E.T., modificado por Ley 3/2012, de 6 de julio declara que” cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de los cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la

readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo”.

Es relevante señalar aquí, la supresión de los salarios de tramitación, en caso de optar el empresario por la improcedencia.

El apartado segundo de dicho precepto declara que en caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación... ello en concordancia con el artículo 278 y ss de la LRJS que expone que “cuando el empresario haya optado por la readmisión deberá comunicar por escrito al trabajador, dentro de los diez días siguientes a aquel en que se le notifique la sentencia, la fecha de su reincorporación al trabajo, para efectuarla en un plazo no inferior a los tres días siguientes a la recepción del escrito... serán de cuenta del empresario los salarios devengados desde la fecha de notificación de sentencia que por primera vez declare la improcedencia, hasta aquella en que tenga lugar la readmisión, salvo que, por causa imputable al trabajador, no se hubiera podido realizar en el plazo señalado.

B) El artículo 304.3 de la L.R.J.S.

Este precepto declara que: “frente a las resoluciones dictadas en ejecución provisional sólo procederán, en su caso, los recursos de reposición o súplicación”.

Aunque parece que su redacción tiene una gran claridad y que no ofrece dudas, sobre todo las Salas de lo Social de los TSJ muchas veces lo han obviado y han admitido-la gran mayoría de los casos, indebidamente- el recurso de súplicación contra Resoluciones dictadas en ejecución provisional, y aunque esto es discutible desde el punto de vista legal, tiene su lado positivo por cuanto de esta forma tenemos Resoluciones de los TSJ que resuelven cuestiones que sirven de pauta sobre todo para los Juzgados de lo Social a fin de resolver las cuestiones que se plantean en la ejecución provisional, caso contrario, sólo tendríamos Resoluciones de los Juzgados de lo Social, lo que conllevaría una gran dispersión de criterios sobre un mismo supuesto.

El criterio general se refleja en las siguientes sentencias, a título de ejemplo:

- El ATS de 11.01.99 P. Sr. Sampedro Corral (RJ 1999/78) R002, refiriéndose a dicho precepto, dice “que la exclusión es absoluta –siempre que se trate materialmente de una decisión comprendida dentro de los límites de la ejecución provisional y se aplica tanto a la decisión principal que abre esta modalidad de ejecución como a los actos posteriores que la instrumentan”.

- La STS de 24.07.99 P. Sr. Gil Suárez (RJ 1999/6889) R003, en el mismo sentido dice que « la exclusión es absoluta-siempre que se trate materialmente de una decisión comprendida dentro de los límites de la ejecución provisional- y se aplica tanto a la decisión principal que abre esta modalidad de ejecución como a los actos posteriores que la instrumentan. Siendo de destacar que este criterio ha sido reiterado por Sentencias más recientes de esta Sala, de las que mencionamos las de 17 y 23 de septiembre de 1997”.

- La STS de 21.10.98 P. Sr. Martínez Garrido (AL 229/99, ED 1998/25353) R004, con idéntico criterio, aclarando que “ en el supuesto que hoy enjuiciamos es evidente que la resolución que se recurrió en suplicación estaba dictada en una ejecución provisional y en el cauce de su desarrollo, por lo que contra ella no cabía aquel recurso extraordinario, lo que implica que hoy deba anularse la sentencia recurrida y todas las actuaciones posteriores a la notificación del mencionado auto”.

- La STS de 26.07.93 P. Sr. Desdentado Bonete (RJ 1993/5979) R005, anterior a las precedentes, ya dejaba constancia de que “El artículo 302 LPL (actual artículo 304 LRJS) excluía de la posibilidad de recurrir en suplicación o en casación las decisiones del juzgador de instancia que acuerdan la ejecución provisional, como lo ha venido declarando reiteradamente la Sala (SS 09.10.89, de 30 de enero, 9 de abril, 14 y 24 de diciembre 1990, 3 de junio y 23 de julio 1991 y 09 de abril 1992) y esta regla es aplicable a la decisión principal que abre esta modalidad de la ejecución como tanto a los actos posteriores que la instrumentan”.

- En el mismo sentido, SSTS de 23.09.97 P. Sr. Desdentado Bonete (ED 1997/6623, RJ 1997/6580, AL 73/1998) R006; de 17.09.97 P. Sr. Somalo Jiménez (AL 104/98, ED 1997/7674) R007, y de 13.11.98 P. Sr. Cubero Romeo (AS 1998/7376) R008.

- La STS de la Rioja de 2.9.99 P. Sr. Loma-Orsorio Faurie (AS 1999/4283) R009, dice: “La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1997, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, se expresaba-en lo que aquí interesa- en su fundamento jurídico tercero en los siguientes términos: ”El artículo 304 de la LRJS establece que frente a las resoluciones dictadas en ejecución provisional sólo procede en su caso los recursos de reposición y de súplica.La norma es clara en el sentido de excluir estas decisiones de cualquier recurso extraordinario y a sí se ha pronunciado reiteradamente esta Sala en numerosas Sentencias... Lo que sucede es que la resolución que deniega la ejecución provisional-como la que la concede-podrá ser acertada o no, pero habrá que estar, para valorar esa resolución, a las normas sobre la procedencia o no de esa modalidad de ejecución, y en cualquier caso esa resolución que sobre ello se adopte será irrecurrible porque así lo establece la Ley”.

Se plantean una serie de Excepciones:

En base a distintas Sentencias de TSJ (si bien citaremos alguna del TS que tiene mejor criterio), con las que en algunos supuestos, como así lo haremos constar, estaremos en desacuerdo, dado que no son verdaderas excepciones.

a) Cuando por su contenido excedan del propio de la modalidad de ejecución y resuelvan, realmente, cuestiones propias de la ejecución definitiva:

- La ATSJ de Catalunya de 28.06.96 P. Sr. Vázquez de Parga (R^o 3834/96) R010, dice: “ciertamente a tenor de lo que dispone el artículo 304 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, las resoluciones dictadas en trámite de ejecución provisional no son revisables en suplicación, pero ello no implica que cualquier decisión que se adoptase bajo la etiqueta de ejecución provisional puedan adoptarse medidas ejecutorias distintas de las allí reguladas las cuales, de llevarse a cabo, entrarían en el campo de la ejecución definitiva, cuyas decisiones son recurribles en suplicación en los supuestos previstos en el artículo 191.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, previsiones que concurren en este caso, según se razonó más ampliamente en el repetido Auto de 10 de octubre de 1995 que resolvía un recurso de queja idéntico al presente en las mismas actuaciones del Juzgado”.

b) Cuando se resuelve sobre la admisibilidad o no de la ejecución provisional.

- STSJ de Andalucía-Málaga de 21.04.95 P. Sr. Gallego Hernández (AL 1333/1995, AS 1995/1494) R011. Dice: “ ... La cuestión planteada en el apartado anterior debe de ser resuelta en sentido favorable a la admisibilidad del recurso, porque si bien es cierto que el texto literal del(artículo 302 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social) dispone que “frente a las disposiciones dictadas en ejecución provisional, sólo procederán, en su caso, los recursos de reposición o súplica, y según ello queda excluido el de Suplicación, no se puede soslayar la circunstancia de que tal precepto es de aplicación tan sólo cuando la resolución recurrida ha sido pronunciada dentro de un procedimiento de ejecución provisional ya en tramitación, cosa que no ocurre en el presente caso en lo que lo debatido es si procede o no la iniciación de aquella ejecución, e incluso de cualquier forma de ejecución contra una Sentencia como la que se dictó en los autos principales, cuestión ésta, de indudable trascendencia, a la que puede ser aplicable-con el amplio criterio de interpretación analógica que permite el artículo 4.1 del Código Civil-la norma establecida en el apartado 2 del artículo 191 de la citada Ley Procesal, lo que autoriza a resolver en el sentido afirmativo arriba indicado el problema de admisibilidad a que nos venimos refiriendo”.

El actual artículo 304 de la LRJS declara que frente a las resoluciones dictadas por el juez...en ejecución provisional, sólo procederá el recurso de reposición, salvo cuando en el auto se adopte materialmente una decisión comprendida

fuera de los límites de la ejecución provisional... en que procederá recurso de suplicación.

Lo acordado en la anterior Sentencia es del todo discutible y es contraria a la doctrina Jurisprudencial de la Sala de lo Social del TS, por cuanto no se trata de una cuestión distinta o al margen de la ejecución provisional si procede o no acordar la misma, con lo que no debería de admitirse el recurso.

c) Cuando la sentencia de instancia es revocada por el TSJ y no es firme por haberse interpuesto recurso de casación contra la suplicación. STSJ de Madrid de 16.07.99 P. Sr. Juanes Fraga (AL 1893/1999) R012.

Tampoco parece muy correcto que se haya admitido el recurso, puesto que la cuestión debatida es si procede o no conceder la ejecución provisional en el caso de que la Sentencia de instancia ya se hubiera revocado, con lo que no deja de circunscribirse esta Resolución dentro de los márgenes de la ejecución provisional (sólo se debatía si procedía o no).

d) Cuando se declaró la incompetencia de jurisdicción por el TSJ resolviendo recurso de suplicación contra la Sentencia de instancia

- STSJ Castilla-La Mancha de 30.09.92 P. Sr. Rentero Jover (AL 749/1993) R013, en el sentido de admitir el recurso de suplicación.

- STS de 21.10.98 P. Sr. Martínez Garrido (RJ 1998/8911) R014. En sentido contrario, es de aplicación el artículo 304 L.R.J.S. incluso si el TSJ en Sentencia resolviendo recurso de suplicación declara la incompetencia de jurisdicción.

Podemos observar que, la primera de las Sentencias, aunque más antigua es contraria a la doctrina del T.S.

e) Cuando se resuelve por el TSJ recurso de suplicación por haber acordado el Juzgado de lo Social falta de jurisdicción y acordar la ejecución provisional. STS de 17.07.93 P. Sr. Linares Lorente (RJ 1993/8044, AL 251/1994) R015.

f) Cuando se acuerda la extinción de la relación laboral en trámites de ejecución provisional.

- STSJ de Catalunya de 29.09.94 P. Sr. Moralo Gallego (AS 1994/3526) R016. En trámite de ejecución provisional se citó “ a las partes a comparecencia y dictándose auto por el que se declaraba resuelta la relación laboral entre las partes y se condenaba a la demandada al abono de las indemnizaciones que allí se fijaban...”. .. al declarar, en trámite de ejecución provisional, una resolución contractual indemnizada del artículo 50 del Estatuto

de los Trabajadores, rebasaban los límites señalados en los artículos 297 a 300 de la Ley de Reguladora de la Jurisdicción Social para la ejecución provisional de las sentencias de despido.

- Si el Juez de instancia aprecia que la readmisión no se ha llevado a cabo en términos adecuados al fallo que provisionalmente se ejecuta, puede eximir a los trabajadores de la prestación de servicios, sin pérdida del derecho al devengo de salarios durante la resolución que pueda definitivamente dictarse en el pleito o que harían inviable su ejecución...”.

C) Cuando se tiene que solicitar la ejecución provisional:

No lo dice la LRJS, pero podemos encontrarnos con los siguientes supuestos:

- b) En primer lugar, que exista Sentencia dictada en la instancia, condenatoria, a favor de un trabajador o de un beneficiario de la Seguridad Social y que se haya recurrido en suplicación, y con los requisitos de las distintas clases de ejecución provisional.

El momento inicial para solicitar la ejecución provisional, en buena lógica parece que es cuando una de las partes anuncia su intención de recurrir en suplicación o se entera de que la otra ha hecho lo propio, pero el Juzgado se encuentra con un problema de índole práctico o a efectos de economía procesal y es de que si accede a la ejecución provisional antes de que el recurrente en suplicación haya formalizado el recurso, nos podemos encontrar que si no formaliza dentro de plazo, o por ejemplo no subsana las irregularidades del artículo 193.3 L.R.J.S., o desiste del recurso, ha obligado al Juzgado a efectuar unos trámites inútiles de ejecución provisional.

Es el caso en que debe anticipar el Estado, el Juzgado dirige al mismo, oficio requiriéndole de pago, y que después no se formalice el recurso de suplicación, con lo que deberá remitirse otro oficio dejando sin efecto el anterior.

Si al recurrente no le es de interés continuar con la tramitación del recurso, éste se dará por finalizado mediante Resolución del Juzgado y entonces la Sentencia adquiere firmeza y lo que procede, de solicitarse, es la ejecución definitiva.

Por tanto, parece que lo más lógico es proveer la ejecución provisional una vez el recurrente-el que sea- haya formalizado en legal forma el recurso de suplicación.

- c) Si la Sentencia de instancia es absolutoria y la que condena es la del TSJ resolviendo el recurso de suplicación, y a su vez se recurre en casación, es a partir de la Sentencia de suplicación cuando se puede solicitar la ejecución provisional. Aquí ya es más difícil saber si se interpone o no el recurso ante la Sala de lo Social del TS, pues además puede inadmitirse el recurso por dicha Sala.

d) El momento procesal final para pedir la ejecución provisional, caso de Sentencia condenatoria en la instancia, es antes de que en su caso se revoque en la suplicación. Aquí debemos distinguir dos supuestos:

- Que la Sentencia resolviendo la suplicación adquiera firmeza.
- Que esta última Sentencia no se a firme por haberse recurrido en casación.

En ambos casos finaliza la ejecución provisional, sin perjuicio de que se continúe por los trámites que se encuentren pendientes, puesto que la ejecución provisional es autónoma del resultado del recurso de suplicación o casación, como veremos en el momento de examinar la ejecución provisional en Sentencias de despido. Así STSJ de Madrid de 16.7.99 R012, en que se pretende una ejecución provisional cuando la Sentencia condenatoria de instancia ya ha sido revocada, a pesar de que no es firme la de suplicación. En el mismo sentido, STS de 23.09.97 P. Sr. Desdentado Bonete (AL 73/1998) R006, que dice muy gráficamente que “no cabe ejecución provisional de algo que ya ni como provisional existe”.

d) Abona el criterio que hemos expuesto el artículo 527 de la LEC, que dice que la solicitud de ejecución provisional “podrá pedirse en cualquier momento desde la notificación de la providencia en que se tenga por preparado el recurso de apelación o, en su caso, desde el traslado a la parte apelante del escrito del apelado adhiriéndose al recurso y siempre antes de que haya recaído sentencia en éste”. La expresión “por preparado”, según el artículo 457 de la misma Ley equivale a voluntad de recurrir, en expresión del artículo 192 de la LRJS, a “anunciarlo”; y la “interposición” del recurso (artículo 458 LEC y artículo 194 LRJS) es el trámite de la “focalización”, en cuyo escrito “se expresarán con suficiente precisión y claridad, el motivo/s en que se ampare, citándose las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se consideren infringidas.

e) Se razonara la pertinencia y la fundamentación de los motivos”; además, “también habrán de señalarse de manera suficiente para que sean identificados, los documentos o pericias en que se base el motivo de la revisión de los hechos probados que se aduzca “.

De una apresurada interpretación podría llegarse a la conclusión de que la LEC se ha quedado a medio camino respecto de la tesis que aquí defendemos, pero en realidad no es así, puesto que al tener por anunciado el recurso de suplicación, sobre todo en forma definitiva, y especialmente en el orden laboral, equivale a tener por “perfeccionado” el recurso, sobre todo en los supuestos en que deba depositarse o avalarse la cantidad objeto de la condena o si se ha tenido que depositar por el condenado en la TGSS el capital coste, puesto que si se han efectuado los trámites, lo más lógico es que el recurrente siga con los trámites hasta el final, y no únicamente con fines dilatorios, por cuanto ya ha tenido que adelantar el importe de la condena, ha tenido que hacer un esfuerzo económico. Por tanto, parece que la LEC ha dado un paso adelante en esta materia.

D) Cuando termina la ejecución provisional:

1. Se termina la ejecución provisional cuando se revoca la Sentencia que tenía a su favor el trabajador, ya sea la de instancia (cuando se revoca en suplicación por el TSJ), ya sea la de suplicación (revocada en casación). Cuando la Sentencia que revoca a la anterior adquiere firmeza, parece que no hay dudas en la finalización de la ejecución provisional.

Los interrogantes pueden suscitarse si por ejemplo, la que revoca es la STSJ en suplicación –a la de instancia-, pero no es firme porque se ha interpuesto y se admite el recurso de casación. En este caso, tanto la Jurisprudencia como los TSJ han entendido que aunque no sea firme la Sentencia revocatoria, debe darse por finalizada la ejecución provisional.

- STS de 23.09.97 R006, entiende al examinar, siquiera “obiter dictum” otro supuesto, que “la ejecución provisional no resultaba procedente, porque la sentencia que se pretendía ejecutar había sido revocada, y aunque el pronunciamiento revocatorio no era firme, si era definitivo, y como tal, eliminaba al menos transitoriamente el que de esta forma quería continuar ejecutándose cuando ya había perdido cualquier tipo de eficacia jurídica. No cabe ejecución provisional de algo que ya ni como provisional existe”.

- STSJ de Madrid de 16.07.99 R012, entiende que “lo que ningún precepto establece es que, revocada una sentencia de instancia declaratoria de la improcedencia de un despido, pueda seguir siendo ejecutada provisionalmente... Pues lo cierto es que en ningún caso existe una sentencia susceptible de ejecución provisional. Señala además el recurrente, con acierto, que resultaría contrario al artículo 298 de la LRJS imponer la ejecución provisional de una sentencia sin que la empresa tuviera posibilidad de readmitir provisionalmente al trabajador y recibir sin contraprestación de servicios, al haberse ya decidido por la Sala la inexistencia de despido y la extinción por mutuo acuerdo”.

- STSJ de Galicia de 11.12.97 P. Sr. Fernandez Otero (AL 744/1998) R017. “Toda la argumentación del Juez a quo, va encaminada, realmente, a ejecutar provisionalmente su propia sentencia: así, se apoya exclusivamente en la dicción de los artículos 295.1 y 2 y 111 LPL. Pero olvida que tal sentencia ha quedado sin efecto provisional alguno, al ser sustituida por otra distinta recaída en recurso de suplicación que declara la procedencia del despido, esto es, la legítima ruptura de la relación laboral sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación, ni, por ende, a continuar percibiendo prestación alguna empresarial. Que esta segunda sentencia sea objeto de recurso ante el Tribunal Supremo no merma su ejecutabilidad provisional ni hace revivir las consecuencias derivadas del fallo de instancia revocado. Es del todo absurdo pretender ejecutar provisional (o definitivamente) una sentencia revocada, y aún más pedir la ejecución provisional tras el fallo revocatorio”.

- STSJ de Canarias-Santa Cruz de Tenerife de 11.03.94. Se solicitó la ejecución provisional cuando ya se había dictado por el TSJ Sentencia declarando la incompetencia de jurisdicción, con lo que se entendía

que: “Todo lo cual nos lleva a confirmar la resolución de instancia (que acordaba no acceder a la ejecución provisional), máxime cuando sta Sala ya ha dicho en otras resoluciones que la relación que une a las partes es de carácter civil y no laboral”.

2. Debemos ahora abordar la problemática, caso de revocación de la Sentencia, de qué naturaleza tienen los trámites de reintegro de los anticipos indebidamente percibidos.

Martin Branas, en revista “Tribunales de Justicia” nº 1 enero 2001, analizando la STSJ del País Vasco de 18.04.00 /recurso núm 270/00), en que una trabajadora insta la ejecución provisional de Sentencia favorable, dictada en proceso de despido; el Juzgado estima su solicitud y procede a ejecutar provisionalmente dicha Resolución, reconociendo su derecho a cobrar en concepto de anticipo a cuenta determinadas cantidades por indemnización y salarios de tramitación; tras hacerse efectiva la ejecución y entregarse a la trabajadora las cantidades anticipadas, resulta revocada la Sentencia de instancia, se supone en suplicación; el ejecutado solicita la devolución de los anticipos, accediendo a ello el Juzgado; la trabajadora recurre en reposición el Auto en el que se ordena ejecutar la obligación de reintegro, siendo desestimado y planteándose frente a esta última Resolución e presente recurso de suplicación que no fue impugnado de contrario.

Previo a continuar con este análisis, debemos efectuar una matización que tiene su importancia.

La sentencia de instancia declaró la improcedencia del despido y la empresa optó por la indemnización, pues, caso contrario, no procedería, en ejecución provisional, conceder anticipos por indemnización y salarios de tramitación, sino salarios a cambio de servicios o no, según opción de la empresa.

Por ello, a sensu contrario del artículo 297, en relación con el artículo 111 ambos de la LRJS, procedía no acceder a la ejecución provisional, pues según este último precepto, “no procederá la ejecución provisional de la sentencia (cuando se ha optado por la indemnización), si bien durante la tramitación del recurso el trabajador se considerará en situación legal de desempleo involuntario”.

No estamos estricto sensu ante una Sentencia condenatoria al pago de una cantidad, sino ante un despido, en que la tramitación de esta ejecución es completa y cerrada (artículos 297 a 301 LPL), y no procede aplicar por analogía los preceptos de la condena de cantidad (artículos 289 al 293 de la misma Ley), pues en la ejecución por despido no se efectúa ninguna remisión al capítulo de las cantidades.

Haciendo abstracción de la anterior cuestión, la Sentencia no admite el recurso de suplicación en aplicación del artículo 304 LRJS.

En este caso concreto procede fijar los límites de aplicación de este precepto.

La STS de 24.07.99 R003, en la que dice que según la STS de 26.07.93 R005, que “la exclusión es absoluta-siempre que se trate materialmente de una decisión comprendida dentro de los límites de la ejecución provisional- y se

aplica tanto a la decisión principal que abre esta modalidad de ejecución como a los actos posteriores que la instrumentan”.

También la STS de 23.09.97 R006, en “obiter dictum” afirma que “la ejecución provisional no resulta procedente, porque la sentencia que se pretende ejecutar había sido revocado y, aunque el pronunciamiento revocatorio no era firme, sí era definitivo y, como tal, eliminaba al menos transitoriamente, el que de esta forma continuar ejecutándose cuando ya había perdido cualquier tipo de eficacia jurídica”.

Si seguimos esta tesis, todos los trámites tendentes a la devolución de lo indebidamente entregado es posterior a la fecha en que se dictó la Resolución que revocaba la Sentencia de instancia, colocándolos fuera de dicha de dicha ejecución provisional.

El artículo 293 LRJS dice que “Si se incumple la obligación de reintegro, será título bastante para iniciar la ejecución destinada a hacerla efectiva la resolución firme en que se acordaba la ejecución provisional junto con la certificación, librada por el Secretario del Juzgado o por el organismo gestor, en la que se determinaran las cantidades abonadas”. En términos análogos se pronuncia la LEC.

El artículo 533.1 dice que “Si el pronunciamiento provisionalmente ejecutado fuere de condena de pago de dinero y se revocara totalmente, se sobreseerá la ejecución provisional y el ejecutante deberá devolver la cantidad que, en u caso, hubiere percibido, reintegrar al ejecutado las costas de la ejecución provisional que éste hubiere satisfecho y resarcirle de los daños y perjuicios que dicha ejecución le hubiere ocasionado”; y en nº 3 del mismo precepto, que “Si la sentencia revocatoria no fuera firme, la percepción de las cantidades e incrementos previstos en los apartados anteriores de este artículo, podrá pretenderse por la vía de apremio ante el tribunal que hubiere sustanciado la ejecución provisional...”

Y el artículo 534 contempla los casos de condenas no dinerarias.

De los preceptos citados se desprenden dos consecuencias:

1º) Que una vez dictada la Sentencia revocatoria se sobresee de forma inmediata la ejecución provisional.

2º) El perjudicado deberá instar un nuevo proceso de ejecución, ante el mismo Organismo Judicial, para lograr la devolución de lo ejecutado, pero estos trámites no estarán comprendidos dentro de la ejecución provisional que, como se ha dicho, se ha archivado, sino que la ejecución será definitiva, con lo que no se puede aplicar el artículo 304 LRJS.

Entonces, ¿si no se aplica el artículo 304 LRJS, cuál aplicaremos para averiguar si procede o no conceder el recurso de suplicación contra las Resoluciones en que se acuerde la devolución del anticipo indebidamente percibido?.

Habrá que aplicar el artículo 191.2 LRJS, que contempla que serán recurribles en suplicación “Los autos que decidan el recurso de reposición interpuesto contra los que en ejecución de sentencia dicten los Juzgados de lo Social siempre que la sentencia ejecutoria hubiere sido recurrible en suplicación, cuando resuelvan puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, no decididos en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado”.

En este caso concreto la sentencia ejecutoria, no es tal, sino que es el Auto en que se acuerda la ejecución provisional, pero como por aplicación del artículo 304 no puede recurrirse en suplicación, la Resolución que resuelve el recurso de reposición contra el Auto que acuerda la devolución del anticipo indebidamente recibido, también es recurrible.

La Sentencia aquí comentada, pues, se entiende también que no hay recurso pero aplicando el artículo 304 en lugar el artículo 191.2.

3. Respecto a la “autonomía de la ejecución provisional”, que veremos con más detalle al tratar de las Sentencias por despido, hay que matizar que una cosa es que se termine la ejecución provisional pero otra distinta es que sus efectos no pervivan.

Esta cuestión queda perfectamente clarificada en la denominada “autonomía” de la ejecución provisional sobre todo en sentencias de despido, en que el trabajador tiene derecho a los salarios de tramitación con o sin prestación de servicios (esto queda a la libre opción de la empresa), pero sí la empresa no ha pagado hasta el momento del cese de la ejecución provisional los salarios devengados durante ésta, el trabajador puede solicitar que se continúe la ejecución incluso por la vía de apremio, así STSJ de Madrid de 09.10.95 R143; STC 266/00 de 13.11 r 144; STSJ Cataluña de 29.09.97 R145; ATSJ de Catalunya de 12.02.99 R146; STSJ de Canarias-Las Palmas de 20.01.93 R147; STC 234/92 de 14.12 R148; STS de 06.10.95 R149; STSJ País Vasco de 10.02.95 R150 Y STSJ de Navarra de 25.10.95 R151.

La sentencia tiene que ser condenatoria.

Es de destacar la Sentencia del TSJ de Málaga de 21.04.95, a que hemos hecho referencia R011, se contempla la solicitud de ejecución provisional de una sentencia meramente declarativa, y por ello se dice en la misma que “al contener la Sentencia cuya ejecución provisional se solicita, una simple declaración acerca de la naturaleza de la relación contractual existente entre las partes, sin pronunciamiento alguno de condena concreta, es evidente que no puede ser directamente ejecutada en forma alguna...”.

No obstante, para algunos Magistrados el tema no está tan claro y entienden que puede ejecutarse provisionalmente una sentencia absolutoria.

El órgano competente para acordar la ejecución provisional.

Debemos distinguir:

Si la Sentencia a ejecutar provisionalmente es la dictada por el Juzgado de lo Social, a éste le compete acordar tanto tal ejecución como los trámites posteriores, con independencia de que sea confirmada o no por la Sala de lo Social del TSJ y que adquiera firmeza o se recurra en casación, pues el artículo 289.1 de la LRJS dice que podrá instarse “ante el órgano judicial que dictó la sentencia”, en cuanto a las cantidades; respecto de las Sentencias de despido el artículo 296 hace referencia a “el Juez o Sala”.

Por lo dicho en el párrafo anterior, si la primera Sentencia a ejecutar provisionalmente es la de la Sala de lo Social del TSJ a éste compete dictar la Resolución accediendo o no a dicha ejecución.

Aquí se da el problema de qué Órgano Judicial debe hacerse cargo de la ejecución propiamente dicha en el caso de que el empresario por ejemplo haya avalado y deba acudir a la vía de apremio, parece que por aplicación analógica del artículo 235.2 LRJS, referido a la ejecución definitiva, “la ejecución se llevará a efecto por el órgano judicial que hubiere conocido del asunto en instancia”. De todas formas, en su caso, parece que lo procedente es que la Sala de lo Social se dirija mediante exhorto o despacho análogo al Juzgado de instancia ordenándole que efectúe los trámites pertinentes de la ejecución provisional.

La fianza.

En los distintos apartados de la ejecución provisional no se hace referencia alguna a la prestación de fianza, pero debemos tomar en consideración que en todos los casos se trata de Sentencias a favor de “trabajadores” o “beneficiarios” de la Seguridad Social, por lo que, parece que siendo la parte más débil, que en algunas ocasiones en materia de Seguridad Social o procede devolver los anticipos aunque la Sentencia sea revocada, y que en otros responde el Estado, no procede exigir al trabajador o beneficiario la aportación de fianza. La única duda que podría darse es en el caso del artículo 305 de la LRJS, que se remite a la ejecución provisional de la LEC.

Si entendemos que en los supuestos del referido precepto solo cabe la ejecución provisional cuando el trabajador o beneficiario tengan “sentencias favorables”, en ningún caso procede exigirles fianza.

Sin embargo opinan algunos autores, o alguna STSJ como la de Galicia de 25.06.97 ha entendido, que cabe la ejecución provisional en Sentencias que resulte condenado el trabajador o beneficiario.

Este aspecto sólo tenía importancia cuando se encontraba vigente la anterior LEC en su artículo 385, pero actualmente la LEC ya se ha resuelto la problemática, puesto que de los artículos 526 y ss se desprende que no es preceptiva la aportación de fianza, “sin simultánea prestación de caución” y sí sólo en la oposición en determinados supuestos de la ejecución provisional deberá ofrecerse caución artículo 529.3, pero se refiere a casos de ejecución no dineraria.

Los intereses y la ejecución provisional.

1. En primer lugar vamos a examinar si en la ejecución provisional se devengan intereses.

Debemos distinguir, en cuanto a sentencias condenatorias si se ha consignado o no la cantidad objeto de la condena.

Si se ha efectuado el depósito en al cuenta corriente del Juzgado no habrá intereses, pues el dinero ya está, en este momento en que se acuerda tal ejecución, a disposición del trabajador.

Si no es así debemos considerar:

a) Si tiene que anticipar el Estado es bastante dudoso que se generen intereses, pues es una obligación ex lege, que no trae causa de una Resolución judicial condenatoria, pues en este último supuesto sería de aplicación el artículo 45 de la LGP, en relación con el artículo 576 de la LEC.

b) Si el que tiene que anticipar es la empresa, por ejemplo garantizando la condena mediante Aval y entendemos que éste no puede realizarse, tendremos que requerir de pago a la empresa y, si no anticipa voluntariamente, deberá recaudarse por la vía de apremio; deberemos averiguar si en este último caso se devengan intereses.

La LEC no hace referencia en este punto a intereses, pero debemos tomar en consideración que los intereses del artículo 576, antes referido, se generan ope legis, sin necesidad de que se soliciten previamente y de que consten específicamente en la Resolución que condena al pago de cantidad, como a continuación veremos con más detalle.

Si ha recaído Sentencia condenando al pago de cantidad, que se ha consignado o avalado, y si la STSJ confirma la de instancia, ¿se han devengado intereses si no se ha solicitado la ejecución provisional?.

Esta es una cuestión que está fuera de la ejecución provisional pero íntimamente relacionada con ésta, y que se ha planteado repetidamente en los Juzgados de lo Social, siendo de interés su estudio.

Los casos más frecuentes son los de las Mutuas cuando las condenan al pago o anticipo de I.T., consignan la cantidad en la Cuenta del Juzgado y recurren en suplicación; la Sala del TSJ confirma la Sentencia de instancia; la parte actora solicita se le entregue la cantidad consignada y al propio tiempo solicita se fijen los intereses, por lo que el Secretario Judicial practica la oportuna liquidación de intereses, haciendo constar-supongamos- que los intereses se devengan desde la fecha de la Sentencia de instancia hasta que la Sentencia es firme o bien hasta que se reciben por el Juzgado los autos procedentes del TSJ, por cuanto desde este momento se puede hacer efectivo el principal.

Entonces la Mutua impugna la liquidación de intereses y cita bien la STSJ de Catalunya de 09.10.92 P. Sr. Marzal Martínez R021, en que entiende que nos e devengarán intereses por cuanto el actor pudo solicitar la ejecución provisional; o bien la STSJ de Valencia de 22.05.93 P. Sr. Carbonell Suñer (AS 1993/2676)

R022, que entiende también que se pudo solicitar la ejecución provisional, por lo que devengarán intereses sólo al 50% de la cantidad depositada.

Hay que analizar si estas dos Sentencias son correctas, o cuanto menos una de ellas.

Primeramente, puede afirmarse que estos intereses (artículo 576 LEC) se devengan, como ya hemos apuntado, “ope legis”, sin necesidad de petición expresa e incluso sin que sea preceptivo que conste en la Resolución que condene al pago de cantidad líquida.

En este sentido, la Sala de lo Social del TS, Sentencia de 13.10.89 P.Sr. García Murga Vázquez , en que añade “que dicho artículo 576 expresamente dispone que lo establecido en el párrafo 3º será de aplicación a todo tipo de resoluciones de cualquier orden jurisdiccional que contengan condena la pago de cantidad líquida”.

La de 25.10.89 P.Sr. Martín Valverde dice “que quien recurre o impugna una sentencia de condena al pago de cantidad tiene derecho a hacerlo de acuerdo con las leyes, pero corre el riesgo, si es vencido por el proceso impugnatorio, de abonar la cantidad adeudada con los intereses correspondientes”.

STS de 7.2.94 P. Sr. Desdentado Bonete que dice, además. Que por “otra parte el abono de los intereses, tiene también un alcance disuasorio de la interposición de recursos infundados STS de 1.2.99.

También existe Jurisprudencia mayoritaria en el sentido de que por el solo hecho de consignar para recurrir, cuando es preceptivo, no se dejan de devengar intereses.

Así SSTs de 4.12.89 P.Sr. Cachón Villar, de 30.10.93 mismo Ponente.

De 1.3.90 P. Sr. Bris Montes. De 9.12.92 P.Sr Del Riego Fernández. De 16.6.93 P.Sr. García Murga Vázquez ; y STSJ de Madrid de 1.2.93 P.Sr. De la Fuente Gonzalez (al 876/1993), en el mismo sentido de que se devengan intereses a pesar de haberse efectuado consignación y de no haberse solicitado la ejecución provisional.

En consecuencia, las dos Sentencias referidas del TSJ de Catalunya R021 y de Valencia R022 siguen la doctrina contraria en unificación de doctrina (siempre en la misma dirección y sin sentencias contradictorias) de la Sala de lo Social del TS a que hemos hecho referencia.

Sorprende cuando menos que la Sala de lo Social del TSJ de Catalunya, a la vista de la Jurisprudencia mayoritaria entienda que si hay intereses a pesar de consignar para recurrir, continúe con el criterio contrario.. Veamos una Sentencia más reciente de dicho Tribunal Superior, que contrasta con otra del TSJ del País Vasco que sigue la doctrina que podríamos llamar “ortodoxa”.

Nos referimos a la STSJ de Catalunya de 16.07.99 P.Sr. Moralo Gallego (AL 1953/1999) R023, que a pesar de que entiende que los salarios de tramitación en el caso que examina “se trata de una cantidad cuya determinación y liquidez

únicamente depende de una simple operación matemática y desde esta óptica puede perfectamente considerarse que estamos ante una cantidad líquida en los términos exigidos por el artículo 576.3 LEC(caso contrario los intereses de los salarios de tramitación empezarian a computarse desde la Resolución que los fija(en este sentido STS de 3.12.90 P. Sr. Fernández López), entiende que no se devengan intereses, a pesar, por un lado, de reconocer que no se podrá solicitar la ejecución provisional, y, por otro, que el trabajador no podrá percibir la cantidad consignada hasta que la Sentencia sea firme:”Habiendo optado la empresa por la indemnización no ha lugar a la ejecución provisional alguna en los términos establecidos por el artículo 297 LRJS, y no cabe, por tanto, considerar que la empresa incurra en demora en el cumplimiento de la condena cuando consigna en el Juzgado la cantidad correspondiente a los salarios de tramitación y de esta manera asegura su cumplimiento.

Es por ello que no cabe además imponerle la obligación del pago de los intereses a modo de sanción por un incumplimiento que no se ha producido, pese a que ciertamente debe el trabajador esperar la firmeza de la sentencia para percibir dichas cantidades, pero esta circunstancia no se deriva de una actuación morosa de la empresa que pudiese justificar en otros casos el pago de tales intereses, sino de las propias normas legales que regulan el procedimiento de despido”.

Parece que estas conclusiones no son lo bastante consistentes, pues olvidan que al trabajador le han dado dos veces la razón una en la Sentencia de instancia, y otra en la de suplicación, por lo que si ha tenido que esperar sin motivo legal al cobro de las cantidades que tenía derecho desde la primera de las Sentencias, de alguna manera se le tiene que compensar por este retardo en poder cobrar, y la única forma de compensarle es con el devengo de intereses.

a) La que podríamos denominar de “ contraste”-que es muy anterior a la primera- es la STSJ del País Vasco de 14.9.94 P. Sr. De No Alonso-Misol R024. Aparte de lo que entiende que sí se devengan intereses a pesar de la consignación, pone de manifiesto una interesante cuestión que podía pasar desapercibida, y es que entretanto se tramita el recurso, los intereses de la cantidad consignada no los percibe ni el trabajador ni la empresa, sino el Estado, lo que podría ser el origen de un interesante debate sobre el tema, puesto que si los intereses generados durante el recurso de suplicación se entregaran a la parte actora, no tendría razón de ser este debate sobre los intereses. Puede resumirse la Sentencia que aquí analizamos:” Efectuada la consignación, es el Estado el beneficiario de tales intereses, no lo es ni el trabajador ni el consignante. En tal pugna de intereses contrapuestos nuestra jurisprudencia (STS 9 diciembre 1992 y la de 7 de diciembre de 1989, que en ella se cita) se ha pronunciado en sentido favorable a la tesis recurrente, razonando que la consignación propia de la norma adjetiva laboral, como medio de

aseguramiento del cumplimiento del fallo, es de naturaleza jurídica diversa a la consignación civil por mora del acreedor o “mora accipiendi” y que, por ello, no produce los efectos liberatorios del pago del interés del dinero, lo que conduce a la aplicabilidad del artículo 576 LEC haya mediado o no el ejercicio de la facultad de ejecución provisional de la sentencia. En suma, en el conflicto de intereses se da prevalencia a los del trabajador a percibir, sin depreciación alguna, el importe de la condena tal como si no hubiera mediado recurso contra la sentencia por parte alguna. Ciertamente que ello puede redundar en perjuicio del consignante, pues los intereses del importe depositado no los percibe y además obligado a pagar los propios devengados durante la sustanciación del recurso”.

b) Asimismo es de interés la STSJ de Andalucía Sevilla de 27.3.98 P.Sr. Romero de Bustillo R025, que entiende que a pesar de haber avalado la cantidad objeto de la condena, se devengan igualmente intereses, y es lógico, puesto que el Aval no se pudo realizar hasta que se ha dictado Sentencia por el TSJ resolviendo la suplicación.

Por último hacer la STSJ de Catalunya de 30.10.92 P. Sr. Agustí Juliá, deja constancia de que “esta doctrina (la de no devengo de intereses), ha sido rectificadas expresa y recientemente por la Sala.

En este sentido, la sentencia núm 9492/2001 de 30 de Noviembre, señala que:”... actualmente existe una doctrina consolidada (por todas las sentencias núms. 7436/2000 de 19 de Septiembre 2000; 8240/2001 de 25 de Octubre 2001 y 8300/2001 de 29 de Octubre de 2001) que tienen a mantener, siguiendo la tesis del TS en la materia que debatimos que, deben distinguirse entre aquellos supuestos en los que la consignación se realiza en fase de ejecución, y tiene valor de pago, y aquellos otros supuestos en los que la consignación tiene como fin asegurar la ejecución y es requisito para interponer el recurso.

Vemos en el anterior párrafo, que finalmente, la Sala de lo Social del TSJ de Catalunya vuelve a la senda marcada por la Jurisprudencia del TS.

Intereses del reintegro de anticipos percibidos indebidamente:

Considero que es de aplicación el artículo 576 antes referido, por cuanto aún cuando no estemos en ejecución provisional, también nos encontramos con una Resolución en que acuerda la devolución de una cantidad determinada, que en definitiva es una condena a cantidad, por cuanto si el actor no la devuelve voluntariamente se le recaudará por la vía de apremio(STSJ Comunidad Valenciana).

En sentido contrario (y parece que no podría ser de otra forma por lo que hemos visto anteriormente) la STSJ de Catalunya de 13.07.98 P.Sr. De Quintana Pellicer (AS 1998/3195) entiende que en la devolución de anticipos en ejecución provisional, según el artículo 290 LRJS. No se devenga intereses

puesto que “habla sólo de devolución de lo percibido sin aludir a intereses pudiendo haberlo hecho, debiendo interpretarse este precepto como todo el que impone obligaciones en sentido restrictivo”, entendiéndose además que no es de aplicación el artículo 576 LEC, puesto que aquí” no se parte de la existencia de una previa sentencia o pronunciamiento condenatorio para el trabajador”, olvidando en este razonamiento que la Resolución en que se acuerda la devolución de lo percibido equivale a una Resolución que condena al pago de cantidad, por lo que si el trabajador no devuelve la cantidad percibida se recaudara por la vía de apremio, exactamente igual que si se trata de una Sentencia o una Resolución condenatorias al pago de cantidad.

Es posible que puedan devengarse. En teoría se producen intereses a partir del Auto que da lugar a la ejecución provisional, pero si la cantidad que deberá destinarse a ejecución provisional ya está consignada en la Cuenta del Juzgado, parece claro que no se devengan intereses pues la cantidad está ya a disposición de la parte actora; si la empresa ha avalado, y se la requiere para que efectúe el pago de la cantidad objeto de la ejecución provisional, correrán intereses hasta el ingreso de la cantidad en la Cuenta del Juzgado; si se tuviera que realizar el Aval, los intereses corren hasta que el avalador ha ingresado la cantidad en la Cuenta del Juzgado.

Los salarios de tramitación y la ejecución provisional..

Es de destacar aquí la STSJ Comunidad Valenciana de 18.11.97 Rec. 179/97 en la que se entiende que por el hecho de que no se solicitó la ejecución provisional, no por ello se dejan de devengar salarios durante la tramitación del recurso de suplicación.

En esta sentencia aquí comentada se estima el recurso de suplicación interpuesto frente al Auto dictado en ejecución de sentencia por el que se declaraba extinguida la relación laboral de las partes y fijaba las indemnizaciones oportunas, si bien reduciendo de los salarios de tramitación la cantidad correspondiente al período que duró la tramitación del recurso de suplicación, lo que es contrario a la STS de 4.5.00 (RA 3956) o la del TSJ de Murcia de 1.7.92 (AS 3271) que, dice en síntesis:

- a) La ejecución provisional no es fase procesal de obligada tramitación sino que es preciso que la pida la parte.
- b) La ejecución provisional está concebida para poder examinar y decidir en ella y sólo en ella el derecho del empresario a eximirse de pagar salarios durante el recurso, exigiendo el trabajo del recurrido.
- c) El derecho a los salarios de tramitación arranca del pronunciamiento contenido en tales términos en la sentencia de despido nulo o improcedente; antes de la ejecución provisional-si se cursa ésta-y después de la misma-si la sentencia firme desestima el recurso, el trabajador tiene derecho a percibir salarios de tramitación.

d) Lo que pasa es que el salario a que tiene derecho el trabajador durante la sustanciación del recurso, si no lo ha percibido en dicha fase porque el mismo no lo ha pedido y porque tampoco lo ha hecho el empresario que no ha deseado compensarlo con el trabajo, dejó de ser ya el salario de sustanciación del recurso; es, sin más, un pronunciamiento a su favor de la parte dispositiva de la sentencia que, una vez firme, se ejecuta en los términos dispuestos en los artículos 200 y ss de la L.R.J.S; y se incluyen en la ejecución todas las cantidades a que tiene derecho el trabajador.

e) Sólo en el caso de que el trabajador rechazara la reincorporación ofrecida durante el trámite del recurso, quedaría privado de los salarios a que se refiere la resolución recurrida.

Esta causa de suspensión la contempla el artículo 276 de la L.R.J.S., dentro de la declaración de insolvencia provisional de la ejecutada.

Existe un denominador común con la suspensión de la ejecución en caso de peligro de la continuidad de la empresa antes vista, si bien aquí la diferencia estriba en que la petición de suspensión no parte del ejecutado o de los trabajadores, sino del Fondo de Garantía Salarial.

Es necesario para que se produzca la suspensión varios requisitos:

1. Que la actividad ejecutiva recaiga sobre bienes afectos del proceso productivo de la Empresa; esto es, si el embargo tienen por objeto bienes de uso particular del ejecutado no cabe la suspensión.
2. Peligro de la continuidad de las restantes relaciones de trabajo.
3. Imposibilidad de satisfacción de los créditos laborales de otra forma por falta de liquidez de la Empresa o por inexistencia de otros bienes sobre los que hacer traba.

La suspensión tendrá una duración de 30 días, como declara el artículo 277 de la LRJS, durante los cuales el Fogasa, deberá comprobar si concurren estos tres requisitos, y si ello es así solicitará del órgano judicial la declaración de insolvencia «técnica» del ejecutado. Este adjetivo de técnica significa que en realidad la deudora no es insolvente ya que hay bienes con los que cubrir los créditos tras la realización forzosa de aquéllos, pero en cambio se protege el interés de la continuidad de la Empresa.

A diferencia de la anterior suspensión que contempla el artículo 243, tras la suspensión de la ejecución no se paraliza el procedimiento, sino que éste continua si bien sólo para dictar el auto de insolvencia.

Esta insolvencia técnica está en íntima conexión con los acuerdos de devolución de cantidades que regula el artículo 32 del Real Decreto 505/1985 de 6 de marzo sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial ya que las cantidades reconocidas en el auto de insolvencia reseñado anteriormente y satisfechas por el Fondo de Garantía Salarial a los ejecutantes puede originar acuerdos sobre la devolución de esas sumas que especifican la forma, plazos y garantías, conjugando la eficacia de la acción subrogatoria del

Fondo de Garantía Salarial con las exigencias de la continuidad empresarial y la salvaguarda del empleo.

Si la empresa ejecutada incumple el acuerdo, ello conllevará su resolución y, el Fondo de Garantía Salarial ejercerá las acciones subrogatorias pudiendo solicitar el reinicio de la ejecución.

El poder dispositivo del ejecutante permite que por su voluntad se suspenda el procedimiento de ejecución, salvo en la ejecución de una sentencia de un proceso de oficio.

Esta petición suele ser el resultado previo de una negociación privada con el ejecutado, que suele prometer el pago del principal transcurrido un tiempo y que salvo que el órgano judicial hubiese embargado bienes suficientes, cosa difícil dada la imposibilidad de encontrar dinero o vehículos del ejecutado que en la práctica son los únicos bienes de fácil realización, el ejecutante acepta con la esperanza de «cobrar aunque sea un poco tarde».

Lo más relevante de esta suspensión, es la actividad posterior a dicha interrupción si transcurre un mes sin efectuar el ejecutante manifestación alguna, hay que distinguir, aunque la ley no lo hace, dos supuestos, según el origen de la interrupción de la ejecución.

Si la ejecución se suspendió por la sólo petición del ejecutante, el órgano judicial requerirá a éste para que en el plazo de 5 días manifieste si la ejecución ha de seguir adelante.

Llama la atención la expresión «y solicite lo que a su derecho convenga», ya que en la ejecución los trámites son de oficio sin necesidad de petición de parte.

En cambio, si lo que se produjo fue no una suspensión, sino una paralización de la ejecución por una causa imputable a la no colaboración del ejecutante, por ejemplo no cuantificación de una partida de las costas, no bastará con que tras el requerimiento el ejecutante manifieste que prosiga la ejecución ya que ello no será así mientras no subsane el obstáculo que motivó dicha interrupción.

La norma sanciona la inactividad del ejecutante, con un archivo provisional de las actuaciones, pero este carácter del cierre, no debe impedir que se cancelen los embargos y medidas asegurativas decretadas en el proceso ya que los posibles perjuicios que se ocasionen con este levantamiento sólo se pueden imputar al comportamiento poco diligente del ejecutante.

Al ser provisional y no definitivo el archivo, el ejecutante podrá solicitar la reapertura de las actuaciones, con el efecto de acordar nuevamente los embargos levantados con anterioridad, lo que ocasionará perjuicios al órgano judicial y también al ejecutado, que verá como aumentan por ejemplo las costas derivadas de los honorarios de los profesionales y los gastos de los asientos registrales.

La interdicción del abuso del derecho, artículo 75 de la L.R.J.S., y las exigencias de la buena fe, artículo 11 de la L.O.P.J., deberán ser ponderadas por el órgano judicial a fin de dilucidar la responsabilidad del pago de estos gastos originados por un excesivo alargamiento del proceso ejecutivo.

Incluso después de terminada la ejecución, tras el oportuno auto de insolvencia queda interrumpida la prescripción, cosa que no puede ser de otra manera ya que con la insolvencia provisional no queda completamente satisfecho el ejecutante, que cobrará sola una parte del Fondo de Garantía Salarial e incluso cobrando la totalidad del principal, dicho organismo se subrogará en los créditos abonados y la ejecución en ambos casos no puede quedar limitada a un espacio de tiempo, es decir a un plazo de prescripción ya que el momento en que se conozcan nuevos bienes del ejecutado es por principio incierto; por lo que la reapertura de las actuaciones por estas posteriores solicitudes de ejecución o acciones subrogatorias no están sujetas a plazo de prescripción.

Una interpretación estricta de la no prescripción de la acción ejecutiva mientras no se cumpla la obligación en su integridad puede conducir a soluciones contrarias a su buena fe; así por ejemplo cuando la ejecución ha quedado paralizada debido a la actuación del ejecutante, porque así lo pidió expresamente, o debido a su falta de colaboración con el órgano ejecutor, así artículo 242.2º de la L.R.J.S.).

En estos casos, el archivo provisional de las actuaciones es consecuencia directa de actuar del ejecutante y debería computarse el plazo de un acto desde la fecha de ese archivo ya que en caso contrario se podría hablar de ejercicio abusivo del derecho, prohibido expresamente por el Art. 75 de la L.R.J.S., aunque como hemos dicho los términos del Art. 241 de la Ley son otros, además de que considerar prescrita la acción tras el archivo provisional iría en contra de lo dispuesto en el Art. 418 de la L.E.C. que deja fuera de la caducidad de la instancia las actuaciones de ejecución de sentencias firmes, pudiendo promoverse éstas hasta conseguir el cumplimiento de la ejecutoria. No contempla la norma cuál es el día inicial a partir del cual comienza el cómputo del plazo de 1 año.

Dado el carácter supletorio del Código Civil, artículo 13.2º, que el tiempo de la prescripción de la acción para exigir el cumplimiento de obligaciones declaradas por sentencia, comienza desde que la sentencia quedó firme, en virtud del artículo 1.971.

Respecto de los autos que acceden a ejecución hay que relatar idéntico *dies a quo*.

La conciliación judicial y extrajudicial en su ejecución están también sometidos a ese plazo de prescripción de un año.

La manifestación comprende en el caso de que el bien esté gravado con cargas reales, la obligación de informar sobre el importe del crédito contraído y la parte pendiente de pago. El término carga real debe ser interpretado en sentido amplio y extenderlo además de a los inmuebles inscritos en el Registro a otros muebles como por ejemplo vehículos y diversa maquinaria que accede

a otros registros, en los que puede ocurrir no se haya anotado dichos créditos o incluso anotados sus importes no figuren actualizados.

Si el ejecutado no manifiesta las cargas (personas con derechos sobre sus bienes) el medio de suplirlo y además fehacientemente en el caso de los inmuebles, es la certificación registral (Art. 253); si de lo que no se informa es de la cuantía del crédito garantizado y la parte pendiente de pago, ésta omisión se puede suplir solicitándola del acreedor (art. 247.3).

El deber de manifestación comprende tanto bienes como derechos del ejecutante a terceros. Las personas obligadas a efectuar la manifestación son los administradores y representantes de las personas jurídicas y a los organizadores o directores de las Comunidades y grupos sin personalidad (Art. 247.2°), es decir, las mismas personas que representan a estas Entidades en el proceso de ejecución (Art. 16.5° de la L.R.J.S.)

La efectividad de esta institución vendrá determinada por las consecuencias de su incumplimiento que como se verá apuntan una pésima conclusión.

Se pueden señalar diversas consecuencias:

- La actividad del ejecutado ocultando sus bienes puede ser constitutiva de un delito de alzamiento de bienes, posibilidad de escasa relevancia práctica si atendemos como señala Montero Aroca (2) a la estadística judicial de este tipo de delito.
- Como medida de compulsión más efectiva puede ser la prevista en el Art. 499 bis del Código Penal que tipifica como delito contra la libertad y seguridad en el trabajo la actuación de quienes en caso de crisis de una empresa hiciesen ineficaces maliciosamente los derechos de los trabajadores. En este caso la compulsión que induzca al ejecutado a efectuar la manifestación de sus bienes puede ser, la previsión que establece el último párrafo de dicho artículo cuando impone la pena a los administradores o encargados del Servicio que hubieran cometido la conducta o que, conociéndola y pudiendo hacerlo, no hubieran adoptado medidas para remediarla. En cualquier caso la responsabilidad civil subsidiaria es de la empresa.

La efectividad del juramento desde un punto de vista práctico es escaso, ya que en realidad ningún ejecutado lo presta y la imposición del apremio pecuniario lo único que conseguirá será el adoptar otra resolución judicial y engordar la cantidad por la que se despacha la ejecución sin conseguir embargo alguno ya que sí el ejecutado cuenta con un patrimonio fácilmente identificable y descubrible no hace falta la manifestación.

39

Montero Aroca (2): "La ejecución provisional de sentencias en el proceso laboral"
Ed Tirant Lo Blanch 1999, pág 201

Las diligencias averiguatorias

El órgano judicial previamente a la adopción de un embargo de bienes derechos del ejecutado sobre los que poder hacer una traba legal.

El artículo 248.1º de la L.R.J.S. parece condicionar la práctica de estas diligencias de búsqueda a la no prestación por el ejecutado de la manifestación de sus bienes y derechos y el no conocimiento de bienes suficientes ya por no señalados el ejecutante o no haberse efectuado el juramento de manifestación.

A mi juicio no es preciso para practicar estas diligencias esperar a que el ejecutado se haya negado a informar sobre sus bienes y condicionado al desconocimiento de bienes suficientes ya que hay que recordar que estas diligencias en este momento sólo tienen por objeto el acreditar la existencia de bienes lo que por sí sólo no constituye un embargo limitativo de derechos, debiendo señalarse además que puede ocurrir que los bienes que se conocen de antes figuren en la lista de prelación de bienes a embargar del artículo 1.447 en último lugar, con lo que el resultado de las diligencias averiguatorias sólo puede ser beneficioso para la acomodación legal de los bienes a embargar a dicho orden y por último no se debe olvidar que por muchos que sean los bienes que se conozcan al inicio de la ejecución, cosa que en la práctica ocurre rara vez, éstos siempre se minusvaloran en la subasta, por lo que siempre es conveniente acordar la práctica de estas diligencias desde el inicio de la ejecución, siendo el momento procesal normalmente el del auto despachando la ejecución.

Es de destacar que la nueva Ley (LRJS) sitúa estos trámites averiguatorios no junto con la declaración de insolvencia, como hacia el antiguo artículo 204 de la L.P.L. de 1980, sino dentro de la Disposiciones Generales de la ejecución dineraria y antes del embargo.

Existe una diferencia fundamental con la práctica de los trámites averiguatorios de la ejecución civil ya que mientras el artículo 1.455 de la L.E.C. condiciona su realización a la solicitud del ejecutante, el proceso laboral presidido por la tramitación de oficio de toda la ejecución, artículo 237.2º, caracteriza estas diligencias como un trámite obligatorio: «el órgano judicial deberá dirigirse. . .»

El Fundamento constitucional del artículo 250 LRJS aparece en el artículo 14 de la Constitución que impone a todos los ciudadanos y entidades un deber institucional de colaborar con los Juzgados y Tribunales en la ejecución de las resoluciones judiciales; mandato que es desarrollado por el artículo 17.1.º de la L.O.P.J. al establecer que «Todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar, en la forma que la Ley establezca, la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto, con las excepciones que establezcan la Constitución y las leyes, y sin perjuicio del resarcimiento de los gastos y del abono de las remuneraciones debidos que procedan conforme a la Ley».

La redacción que el actual artículo 250 da a estas diligencias de búsqueda es más generalizadora que la que se ofrecía en el anterior, artículo 204, que la limitaba respecto a los organismos públicos a la Alcaldía, Registro y Delegación de Hacienda de la provincia.

En la actualidad esta cooperación puede ser requerida a cualquier organismo público y de cualquier provincia en que se presume que el ejecutado pueda tener bienes.

No obstante lo señalado anteriormente y fruto de la anterior tradición de condescendencia con el ejecutado, que no olvidemos la mayoría de las veces adopta una postura pasiva y en ocasiones obstruccionista a la labor ejecutiva, se observa un miedo del legislador a ir lejos en esta investigación judicial ya que en el primer párrafo se limitan las averiguaciones a «las legalmente posibles» y en el segundo se señalan los «límites del derecho a la intimidad».

Es preciso distinguir entre los dos párrafos:

- A) *Cooperación de organismos públicos.* Como se indicó, no debe quedar limitado a las investigaciones del Ayuntamiento, Hacienda y Registro, sino que se debe hacer extensiva la cooperación a cualquier organismo público, como por ejemplo jefaturas de Tráfico.

Es de destacar que el artículo 250.1º de la L.R.J.S impone si fuera preciso, a estos organismos la realización de las averiguaciones legalmente posibles; lo que conlleva que de no tener estas entidades datos suficientes deberán efectuar una auténtica labor de investigación y comprobación con sus correspondientes servicios administrativos.

Así por tanto, carece de sentido por vulneración de lo dispuesto en el artículo 250 de la L.R.J.S. y artículo 148 de la Constitución, la actitud de Ayuntamientos y Delegaciones de Hacienda que expiden certificaciones negativas sin practicar investigación alguna, así como los organismos de Hacienda que en lugar de remitir informes o certificados de los bienes o derechos del ejecutado, envían una copia del impuesto de Sociedades, que lo único que refleja son datos numéricos sin ningún listado de bien o derecho alguno.

Es paradójico, el limitar las investigaciones a practicar por dichos organismos a «los legalmente posibles» ya que parece indicar que se duda de la legalidad del mandamiento judicial.

Como siempre, los límites no juegan cuando de lo que se trata es de recaudar dinero para la Hacienda, cosa por otro lado loable si se siguiese la misma actitud con los poderes del órgano ejecutor judicial.

Simplemente basta comparar los términos taxativos que, emplea el artículo 144 de la Ley General Tributaria para sacar las oportunas conclusiones; así reza dicho precepto: «Toda persona natural o jurídica, pública o privada, estará obligada a proporcionar a la Administración Tributaria toda clase de datos, informes, o antecedentes con trascendencia tributaria, deducidos de sus relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas».

B) *Cooperación de organismos o personas privadas*. Los posibles obligados son toda persona natural o jurídica que por el objeto de su normal actividad o por sus relaciones jurídicas con el ejecutado deba tener constancia de sus bienes o derechos. Como se ve los términos son muy amplios ya que se habla de "relaciones jurídicas» con lo que cabe tanto las económicas, como las jurídicas en sentido amplio, las económicas y cabría preguntarse si hasta las familiares.

La sentencia del Tribunal Constitucional 140/84 aclaró que dentro del derecho a la intimidad se comprende también la intimidad económica, pero siempre dentro de los límites de otros derechos y valores proclamados en la Constitución, como pueden ser el derecho a un salario y el valor y principio constitucional de la obligación de cumplir las sentencias y además resoluciones judiciales y de prestar la colaboración requerida por los órganos judiciales, artículo 118 de la Constitución

Además esta sentencia señala, con muy buen criterio que los datos y ordenes que se suelen remitir a los Bancos y Cajas de Ahorro, no ponen en peligro la intimidad ya que reflejan saldos y movimientos bancarios en los que no aparece la causa concreta y detallada de la operación.

Por otro lado, en lo que respecta al Juzgado de lo Social poco le importa el origen del saldo embargado sino sólo su cuantía para satisfacer el crédito salarial. La anterior sentencia señala también que no afecta al derecho a la intimidad el conocimiento de la declaración sobre la renta y el patrimonio.

No obstante el tema es polémico, debido a la índole de los derechos en juego y la discusión ya se planteó cuando la Ley 34/1984 de reforma urgente de la L.E.C. dio nueva redacción al artículo 1.455.3º; siendo dicho precepto merecedor de muchas críticas de insignes procesalistas.

La discusión a mi juicio es bizantina ya que si el artículo 1.447 de la L.E.C. lo que quiere es que en primer lugar se embargue el "dinero si se encontrase», la única manera de localizar el dinero en la actualidad, es mediante una investigación bancaria, a no ser que los críticos de estos preceptos piensen que el ejecutado anclado en otros tiempos históricos deposita su dinero o lo esconde bajo el suelo.

No obstante para que el hallazgo del dinero sea efectivo, los Juzgados de lo Social deberían contar con una rápida conexión de datos bancarios ya que es imposible que el órgano ejecutor se pueda dirigir a todas las Entidades financieras y crediticias de toda España.

En otras resoluciones del Tribunal Constitucional se ha declarado que sólo son titulares del derecho a la intimidad las personas individuales y no las jurídicas con lo que las posibles vulneraciones del secreto de sus actividades no podrán ser argumentados en base a ese derecho fundamental.

A la vista de lo anterior los límites a la cooperación de las personas y entidades privadas, más que por la vía del derecho a la intimidad, vendrían por la

protección del secreto profesional que según Rios Salmeron (6) cederá ante el mandato judicial si se trata de operaciones bancarias y prevalecerá sobre la orden del órgano ejecutor.

Si el tercero tiene constancia de los bienes y derechos por su carácter de asesor económico o fiscal o abogado.

En cualquier caso nos encontramos ante un conflicto de protección de bienes jurídicos distintos; por un lado el consistente en la protección del derecho a percibir el Salario o las prestaciones de Seguridad Social si bien en estas últimas el problema no suele ser tan agudo debido a la responsabilidad en el pago de las Entidades Gestoras y el derecho a la intimidad y la salvaguarda de la vida privada, sin olvidar que el Tribunal Supremo en repetidas ocasiones ha calificado al Salario de retribución "básica» del trabajador destinado a satisfacer las necesidades más perentorias del este y de su familia; lo que se deberá de tener en cuenta a la hora de interpretar las anteriores limitaciones.

Fernando Salinas Molina (7) señala a título ilustrativo, para resaltar la falta de medios efectivos de ejecución de los órganos judiciales, diversas potestades y mecanismos de los que gozan otras Administraciones como son la de la Seguridad Social y la Tributaria:

A) Aplicación automática de recargos de apremio del 25% del importe de la deuda tributaria o de Seguridad Social cuando no se abone en plazo; habiendo declarado el Tribunal Constitucional su ajuste a la Constitución (Sentencia 76/1990 de 26-4) considerando que la Administración debe tener las potestades que sean necesarias para exigir y lograr el exacto cumplimiento de sus obligaciones fiscales por parte de los contribuyentes.

B) Disposición de organismos recaudatorios más ágiles y sistemas de realización de los bienes más idóneos que las subastas Judiciales.

C) Orden de prelación de bienes a embargar más idóneo que el de la LEC.

D) La posibilidad de retención directa de los importes que la Administración deba transferir al ente público deudor de la Seguridad Social. Este mecanismo solucionaría muchos problemas derivados de la tradicional tardanza en cumplir las sentencias por parte de los organismos públicos; que ocasiona que el Juzgado de lo Social se eternice en interminables comparecencias e innumerables requerimientos con la consiguiente perplejidad del ejecutante.

La ejecución dineraria contempla una serie de actuaciones que sustituyan la inactividad del ejecutado y encaminados a trabar o sujetar sus bienes para que con el producto de su venta (realización) se satisfaga al ejecutante.

40

Rios Salmeron (6): "Curso de procedimiento laboral"
Ed Tecnos 2012

Fernando Salinas Molina (7): "Ejecución dineraria"
En Relaciones Laborales 2001, págs. 167ss.

XIV. EL EMBARGO EJECUTIVO

A. Concepto y naturaleza.

Si el deudor no cumple voluntariamente la obligación dineraria contenida en el título, el órgano judicial se verá obligado a realizar una serie de actuaciones, encaminadas a trabar los bienes del ejecutado, para que con el producto de su venta (realización) se satisfaga al ejecutante.

Ante todo hay que señalar que por embargo ejecutivo no se debe entender la realización de un concreto y determinado acto procesal sino que supone una serie de sucesivas actuaciones complejas.

Carreras (15) define el embargo como «aquella actividad procesal compleja llevada a cabo en el proceso de ejecución, enderezada a elegir los bienes del ejecutado que deben sujetarse a la ejecución y a afectarlos concretamente a ella, engendrando en el acreedor ejecutante una facultad meramente procesal a percibir el producto de la realización de los bienes afectados y sin que se limite jurídicamente ni se expropie la facultad de disposición del ejecutado sobre dichos bienes».

Para Rios Salmeron (6), embargar no es más que afectar un cierto bien a un proceso, ligarlo o trabarlo de tal modo que no pueda más tarde desvincularse de los resultados del mismo. Para él la afectación y la traba conducen a concluir que el embargo es un derecho real, de carácter procesal al haberse establecido dentro del proceso de ejecución.

Es tradicional la discusión entre los procesalistas acerca de la disponibilidad o no por el ejecutado del bien embargado.

Para ciertos autores, como Prieto Castro (16), el embargo produce una imposibilidad total de disposición del bien o derecho embargado.

Herce Quemada (17) considera incluso que con el embargo «se incautan materialmente los bienes al deudor, privándole de la facultad de disposición de los mismos por mandato del juez de la ejecución.

A mi juicio y siguiendo la definición de Carreras, al ejecutado no se le expropia ni se le limita en principio la disposición sobre el bien embargado, sino que dado el carácter de derecho real del embargo, éste «perseguirá» al bien sea quien sea el adquirente de éste, dice Rios Salmeron.

41

Rios Salmeron (6): "Curso de procedimiento laboral"
Ed Tecnos 2012

Prieto Castro (16): "Tratado de Derecho procesal civil"
Ed Aranzadi 1985.

Herce Quemada (17): "Tratado de Derecho Procesal Civil" .1985

Carreras (15): "Comentarios a la Ley de Enjuicamiento Civil"

Esta afección y por tanto su libre disposición se ve perfectamente respecto a los bienes inmuebles en el artículo 71 de la Ley Hipotecaria cuando dispone que «los bienes inmuebles o derechos reales anotados podrán ser enajenados o gravados, pero sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya producido la anotación»; por tanto la enajenación se efectúa transmitiendo el bien en el mismo estado, esto es con el embargo acordado.

La misma conclusión habrá que estimar respecto de los muebles, si bien en este caso los peligros y perjuicios del adquirente del bien, derivarán de la falta de publicidad registral característica de los inmuebles y otros bienes inscribibles; lo que puede ocasionar problemas de muy difícil solución.

No obstante, la L.E.C. establece una limitación a la libre disposición del bien embargado; cuando se trata de demandado declarado en rebeldía. Como se conoce, en el proceso laboral no es necesaria la declaración de rebeldía del demandado que no comparece al juicio, artículo 183.1 de la L.R.J.S., pero como expresamente dispone dicho precepto son de aplicación las normas de la L.E.C que en su artículo 764 dispone que «el embargo de los bienes muebles se hará expidiendo mandamiento por duplicado, al Registro de la Propiedad, para que ponga anotación preventiva sobre los bienes, con prohibición absoluta de venderlos, gravarlos, ni obligarlos.»

B. Etapas del embargo.

La palabra embargo puede ser entendida en dos sentidos diferentes:

En primer lugar y en sentido restrictivo, se puede pensar que el embargo sólo es una actuación concreta y determinada que es la diligencia de embargo que realiza la Comisión Ejecutiva en el domicilio del ejecutado.

En un sentido más amplio y por otro lado más correcto por embargo, como se dijo antes se debe de entender la realización de una serie de actos complejos a realizar en distintas etapas sucesivas; así se pueden distinguir las siguientes fases:

1. Localización de los bienes a embargar.
2. Elección de los bienes. Prelación.
3. Embargo (Diligencia de embargo).
4. Afección de los bienes y aseguramiento del embargo.
5. Modificación del embargo.

Es preciso hacer referencia separada de cada una de las distintas etapas.

a) *Localización de los bienes.* Para evitar que el Juzgado de «palos de ciego» en la búsqueda de bienes y derechos del ejecutado se arbitran diversos medios.

En primer lugar puede ocurrir que el ejecutante en su escrito de ejecución señale diversos bienes sobre los que pueda recaer la ejecución. Además hay

que recordar que el ejecutado está obligado a requerimiento del órgano ejecutor a manifestar sus bienes o derechos con la suficiencia necesaria para garantizar el principal y costas, artículo 247.1 de la L.R.J.S., todo ello sin perjuicio de las diligencias averiguatorias a practicar por el órgano judicial, artículo 250 de la L.R.J.S.

b) *Elección de los bienes.* La prelación de los bienes a embargar se estudiará separadamente si bien en este momento se puede señalar que en el caso de que el ejecutado pueda pagar el principal y se resiste a ello, no se debe aplicar con toda su rigidez la prelación del artículo 592 de la L.E.C., ya que en ningún caso el órgano ejecutor puede amparar actuaciones contrarias a las exigencias de la buena fe y al principio de la efectividad de las resoluciones judiciales, artículo 75 de la L.R.J.S.

Por otro lado y con muy buen criterio el artículo 252 de la L.R.J.S. posibilita un embargo judicial que no sea acorde con el orden prelativo, sin perjuicio de su posterior adecuación en el momento que se conozcan la existencia de otros bienes.

b) *Diligencia de embargo.* Pocos preceptos dedica la L.R.J.S. al modo y forma en concreto de realizar dicha diligencia; salvo la previsión de que se efectúe conforme al orden legalmente establecido, artículo 252, y la obligación de dar cuenta de dicha actuación, artículo 257.1. Por tanto se debe acudir a la supletoria norma procesal civil. La diligencia se efectúa por el Agente Judicial, el Secretario que da fe de la actuación, posibilitando el artículo 587 de la L.E.C. que esta Comisión Ejecutiva sea completada con la asistencia al embargo del ejecutante que puede además señalar bienes a embargar.

Es posible la habilitación a un Oficial para la práctica de la dación de fe de esta diligencia, artículo 22 de la L.O.PJ..

La resolución judicial por la que se despacha la ejecución sirve de mandamiento a la Comisión para la práctica de la diligencia, artículo 551 de la L.E.C.

Si el embargo no se acordó sobre bienes o derechos determinados, se debe de hacer sobre los bienes suficientes para cubrir el importe de la cantidad principal y de costas que se originen y por el orden que establece el artículo 592 de la L.E.C.

Se debe de entender que no es preciso que previamente al embargo se requiera de pago al deudor, dado los claros términos del Art. 580 de la L.E.C.; otra cosa es que en la práctica se le de la oportunidad de pagar el principal y costas; pero el ingreso se deberá efectuar en la cuenta de Depósitos y Consignaciones del Juzgado; si se quiere efectuar el pago a través del órgano judicial ya que en otro caso sólo cabe que el deudor le abone directamente al ejecutante.

Aunque el ejecutado abone el principal en el acto del embargo, serán de su cargo todas las costas causadas, artículo 583 de la L.E.C..

Si el ejecutado consigna el principal y costas en ese momento, con el fin de evitar los gastos y molestias del embargo, reservándose el derecho a oponerse a la ejecución, se suspenderá el embargo y si la cantidad consignada no fuese suficiente para cubrir principal y costas se practicará el embargo por la suma restante, artículo 1.446 de la L.E.C.

e) *Afección de los bienes y aseguramiento del embargo.* La afección de los bienes es definida por Montero Aroca, como aquella declaración de voluntad del órgano judicial, explícita o implícita en el embargo, por la que se vinculan unos bienes a la ejecución. Para que se de esa afección o vinculación es preciso que los bienes sean propiedad del ejecutado. En los casos de bienes inscribibles en Registros (inmuebles, vehículos, diversa maquinaria) es fácil demostrar la pertenencia al ejecutado de dichos bienes; para decretar la afección es necesario que pueda presumirse la pertenencia del bien al ejecutado y el indicio básico es que el bien se encuentre dentro del «señorío físico del ejecutado», o en otras palabras que «tenga su posesión»; estos dos últimos datos se observan fácilmente si dichos bienes se encuentran en el lugar donde se efectúa la diligencia de embargo.

Para destruir esta especie de presunción, sólo se debe de admitir la oposición del tercero que invoque el dominio de esos bienes mediante el ejercicio de la tercería de dominio, artículo 260 de la L.RJS, si bien se debe acreditar que esa propiedad la disfrutaba con anterioridad al embargo, ya que en caso contrario, dicho bien se adquiriría con esa traba; recuérdese a tal efecto lo dicho con anterioridad respecto a la naturaleza real del embargo.

Puede incluso ocurrir, que se embarguen bienes que no sean propiedad del ejecutado sino de un tercero, como en el caso del patrimonio del heredero del ejecutado que aceptó la herencia pura y simplemente, artículo 1.003 del C. Civil, o de los bienes del tercer poseedor, artículo 126 de la Ley Hipotecaria, o la responsabilidad de los socios si la deuda se contrajo a nombre y por cuenta de la Compañía, artículos 127 y 148 del Código de Comercio.

A su vez puede ocurrir que bienes del ejecutado hayan pasado a titularidad de un tercero, mediante un acto de disposición de aquel; el inciso final del artículo 1.411 del C. Civil permite el ejercicio de la acción revocatoria o pauliana que faculta al ejecutante a impugnar los actos que el deudor ejecutado haya realizado en fraude de su derecho, artículo 1.291.3°.

Similar facultad otorga el artículo 1.001 del C. Civil al permitir a los acreedores ejecutantes pedir al órgano judicial que les autorice para aceptar la herencia en nombre del ejecutado que la ha repudiado.

Por lo que respecta a las garantías de embargo el órgano ejecutor debe adoptar estas medidas para asegurar la efectividad de la traba y difieren en su

contenido según la naturaleza de los bienes afectados, artículo 259.1º de la L.R.J.S.).

Las garantías a adoptar se pueden resumir con carácter general, como las consistentes en una anotación registral si se trata de inmuebles u otro tipo de bienes inscribibles o la constitución de un depósito en caso contrario.

Las previsiones que recoge la L.R.J.S. se contienen en el artículo 257 del Texto articulado, estribando la novedad en la posibilidad de un depósito institucional a cargo del FOGASA o de las Entidades Gestoras, así como de un depósito a cargo de otras personas o entidades con o sin autorización administrativa, artículo 253 LRJS.

La conjunción de ambos preceptos originaran problemas de difícil solución, similares a los que se derivan del peritaje y que serán estudiados en su momento.

Si los bienes se encuentran en poder de un tercero la garantía del embargo consiste en dictar una resolución judicial que ordene a este tercero que los conserve y ponga a disposición del Juzgado, bajo su responsabilidad; comunicando este diligencia al ejecutado, artículo 1.410 del C. Civil.

Esta institución es conocida con el nombre de *arrestatorium* y tiene diversas expresiones que ocurren con frecuencia en la práctica judicial, como la retención judicial de la deuda a favor del ejecutado, artículo 1.165 del C. Civil, así como el embargo del depósito en poder del tercero depositario, artículo 1.775 del C. Civil.

Si los bienes sobre los que se puede decretar el embargo, se encuentran ya embargados, la garantía consiste en el reembolso de dichos bienes, adoptando las medidas oportunas para su efectividad, artículos 256 y 246 de la L.R.J.S..

Si los bienes embargados son inmuebles o muebles inscribibles el aseguramiento se logra librando mandamiento al Registro para que tome nota del embargo, expida certificación de haberlo efectuado, de la titularidad del bien y de las cargas y gravámenes previsión contemplada en el artículo 253.1º de la L.R.J.S. que supera en su redacción el antiguo artículo 1.453 de la L.E.C.

Hay que señalar que no sólo los bienes inmuebles están sujetos a la publicidad registral, sino que también diversos bienes muebles son susceptibles de inscripción en diversos registros; así se pueden señalar el Registro de venta a plazos de bienes muebles (Orden de 15 de noviembre de 1982); el Registro de Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento (Decreto de 17 de junio de 1955) de trascendencia para el embargo de diversa maquinaria de las empresas ejecutadas.

Apuntar por último que la Ley 19/1989 de 25 de julio de Reforma Parcial y Adaptación de la Legislación Mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea prevé un futuro Registro de bienes muebles que cierra las puertas de inscripción en el Registro Mercantil a los buques y aeronaves y

modifica los fundamentos de la publicidad registral ya que exige la publicación de los asientos registrales (uno de dos la anotación del embargo) en el Boletín Oficial del Registro, arrancando la oponibilidad frente a terceros del embargo inscrito no de la mera inscripción sino de su publicidad en el Boletín.

Si lo embargado son frutos y rentas se podrá constituir una administración o una intervención judicial, artículos 256 de la L.RJS y 630.2 de la L.E.C.

- f) *Modificación del embargo.* Ya se dijo al hablar de los principios del proceso de ejecución, que ésta se caracteriza por el no funcionamiento en toda su extensión del principio de preclusión, pudiendo por tanto ser modificado el embargo inicialmente acordado. A tal efecto el artículo. 257.2 de la L.R.J.S. dispone que el órgano judicial "podrá en cualquier momento, atendida la suficiencia de los bienes embargados, acordar la mejora, reducción o alzamiento de los embargos trabados».

Asimismo el artículo 612 de la L.E.C. establece que el acreedor podrá pedir la mejora del embargo en el curso del juicio y el Juez deberá decretarla si estimara que puede dudarse de la suficiencia de los bienes embargados para cubrir principal y costas.»

«También la decretará cuando se funde la petición en haberse entablado demanda de tercería ...»

El fundamento de la modificabilidad del embargo radica en que en el momento de la diligencia se suele desconocer la valoración de lo que se traba; no hay que olvidar que ni el Agente ni el Secretario son peritos, y que será tras la valoración del bien posteriormente por el perito, cuando se conozca el dato de la suficiencia del embargo.

Hay que señalar, no obstante que aunque se conozca la valoración del bien o bienes embargados, la petición de reducción del embargo debe ser examinada con sumo cuidado ya que es tradicional la minusvaloración de los bienes tras la subasta judicial. La reducción, mejora o alzamiento del embargo puede ser acordada tanto de oficio como a instancia de parte.

Las causas de la modificación del embargo además de la ya señalada de la posterior valoración de los bienes, pueden ser el haberse efectuado un pago total o parcial de la deuda por el ejecutado o también el triunfo de una tercería de dominio o de mejor derecho que limite la primera los bienes trabados y la segunda las expectativas de cobro de los ejecutantes.

C. Bienes embargables

La problemática de los bienes embargables deriva de la imposición de unos límites a la actuación del órgano executor y que básicamente consisten en la *exigencia de seguir en el embargo un orden legalmente establecido, la existencia de diversos bienes inembargables; unos límites cuantitativos del embargo y por último* las consecuencias jurídicas que se pueden derivar de

haber trabado embargo en un bien no perteneciente al ejecutado, sino a un tercero que ejercita la oportuna tercería de dominio.

a) Prelación de bienes

Nuestro ordenamiento jurídico no se caracteriza por la existencia de una libertad absoluta a la hora de elegir los bienes sobre los que ha de recaer el embargo, sino que la Ley impone un orden prelativo en la traba de carácter sucesivo de tal modo que diferenciándose diversos grupos de bienes, sólo se podrán embargar bienes de los pertenecientes a uno de ellos en caso de inexistencia o de insuficiencia de bienes comprendidos en el grupo anterior.

El artículo 592 de la L.E.C. dispone que se guardará en los embargos un orden establecido y el artículo 254 de la L.R.J.S., señala que el embargo que se decreta se ajustará al orden legalmente establecido.

Esta institución denominada «beneficium ordinis» es desconocida en otros ordenamientos y debe ser entendida con ciertas matizaciones.

En efecto el artículo 254 de la L.R.J.S. establece que se deberá seguir el orden prelativo sólo si se conoce la existencia de bienes suficientes, lo que casi nunca ocurre en la práctica; por lo que en caso contrario el embargo se debe practicar con toda libertad, sin perjuicio de que se efectúe la posterior adecuación a dicho orden en el caso de que se conozcan más bienes.

En cualquier caso no se debe proteger con dicho artículo al ejecutado que actúa fraudulentamente y que no presta el debido informe sobre sus bienes y derechos, artículo 247 ya que su inactividad al respecto no podrá fundamentar una posterior impugnación por no haberse ajustado el órgano judicial al orden del artículo 592 de la L.E.C.

Los términos del artículo 75 de la L.R.J.S. son taxativos en la interdicción del fraude de Ley y el abuso del derecho que ponga en peligro la obligada efectividad de las resoluciones judiciales.

El orden prelativo protege tanto al ejecutado intentando producirle el menor perjuicio en su patrimonio, como al ejecutante, ya que el precepto persigue una más rápida y eficaz realización de los bienes y derechos embargados.

Si en el embargo no se sigue el orden establecido, la consecuencia será que dicho acto será anulable, no nulo, con la consiguiente necesidad de que sea impugnado por el ejecutado ya que en caso contrario se producirá la convalidación de dicho embargo.

En la práctica el ejecutado no lo impugnará y si lo hace deberá señalar otro, bien anterior en la lista y que además sea suficiente para garantizar el principal y costas, actuación que brilla por su ausencia en los Juzgados de lo Social.

En el artículo 592 de la L.E.C. señala antes de la lista de bienes que «si hubiera bienes dados en prenda o hipoteca especialmente se procederá contra ellos en primer lugar». Tratándose de hipoteca sobre un bien inmueble, éste no será el caso de los créditos que se ejecutarían en los Juzgados de lo Social (salarios e indemnizaciones de los trabajadores) ya que su garantía viene establecida por una anotación preventiva de embargo.

El orden legal establecido es el siguiente:

1. Dinero, si se encontrase: El señalar el dinero en primer lugar debe ser tenido en cuenta a la hora de interpretar las posibles limitaciones basadas en el derecho a la intimidad del ejecutado. Mientras no exista a disposición de los órganos judiciales una interconexión de datos bancarios rápida y a nivel nacional, la potestad de hacer ejecutar lo juzgado proclamada en la Constitución seguirá siendo en su inmensa mayoría una continua asunción de responsabilidades y pagos por el FOGASA o lo que es mucho peor, una repetida sucesión de averiguaciones e investigaciones judiciales más propias de funcionarios policiales que de un órgano ejecutor que debe satisfacer los créditos reconocidos en la sentencia de una forma rápida y eficaz. Embargo cuentas.

2. Valores admitidos a negociación en un Mercado Secundario oficial de valores. Se deben incluir en este apartado todos los títulos públicos, por ejemplo los de deuda pública, como las acciones y obligaciones emitidas por las empresas privadas. El actual artículo 623 de la L.E.C. prevé para su realización un nuevo sistema de realización forzosa de dichos títulos al que me referiré especialmente en páginas sucesivas.

Hay que señalar que aunque los títulos valores no coticen en Bolsa también son embargables.

3. Alhajas de oro, plata o pedrería.

4. Créditos realizables en el acto. Para su inclusión en este apartado el crédito tiene que reunir unos requisitos. La obligación ha de estar vencida y debe ser exigible. No debe ser discutida por el deudor y éste debe ser solvente; además la obligación ha de ser dineraria, es decir consistente en la entrega de una cantidad de dinero, no en un hacer o no hacer otro tipo de prestación ni entregar una cosa distinta del dinero. Estaríamos, como se vio con anterioridad ante la retención judicial de la deuda a favor del ejecutado, artículo 1.165 del Código Civil.

4. Frutos y rentas de toda especie. Para su definición habrá que estar a lo dispuesto en los artículos 354 y 355 del C. Civil que considera frutos naturales a las producciones espontáneas de la tierra y las crías y demás productos de los animales, como frutos industriales los que producen los predios de cualquier especie a beneficio del cultivo o del trabajo y frutos civiles el alquiler de los edificios, el precio del arrendamiento de tierras y el importe de las rentas perpetuas vitalicias u otras análogas.

5. Ahora bien, el alquiler de los edificios y el precio de los arrendamientos podrían ser encuadrados también como un crédito realizable en el acto si se decreta la retención y puesta a disposición del órgano judicial de dicho alquiler o precio con carácter mensual.

Se deben de considerar también como frutos los intereses que pueden generar las cuentas corrientes, libretas de ahorro, imposiciones y demás depósitos del ejecutado en las Entidades Financieras; así como los dividendos y demás rendimientos de los valores y acciones. Hay que recordar que el artículo 256 de la L.R.J.S. prevé la constitución de una administración o intervención judicial cuando la naturaleza de los bienes lo requiera.

6. Bienes muebles o semovientes.

7. Bienes inmuebles.

8. Sueldos y pensiones. El embargo de estas cantidades merece estudio aparte.

9. Créditos y derechos no realizables en el acto. Se deben incluir aquí los créditos no exigibles por no estar vencidos, o ser discutidos, así como aquellos que no consisten en la entrega de una cantidad de dinero.

Montero Aroca (2) señala que se trata de un apartado residual donde deben incluirse derechos o situaciones no recogidas en los otros apartados como por ejemplo indemnizaciones de daños y perjuicios a reclamar por el artículo 1.902 del C. Civil.

El embargo del derecho de traspaso, al que me referiré después, también sería incluible aquí.

10. Establecimientos Mercantiles e Industriales.

Sobre administración judicial de empresas hay que acudir al Decreto-Ley de 20 de octubre de 1969 que prevé en su artículo 2 el embargo de una empresa o grupo de empresas; acciones o participaciones que representan la mayoría del capital social, del patrimonio común o de los bienes o derechos pertenecientes a las mismas o adscritos a su explotación, supuesto en que el Juez podrá decretar que continúe la administración existente, acordando el nombramiento de uno o varios interventores que fiscalicen las operaciones normales de tráfico o el que la administración sea sustituida, nombrando en este caso, persona o personas que se encarguen de la misma. Como se ve este Decreto-Ley concede amplísimos poderes al Juez Social, que chocan con la extensa intervención que el artículo 254 de la L.R.J.S. da a las partes.

D. Bienes inembargables

Aunque de los términos del artículo 1.911 del Código Civil se podría desprender que el deudor responde de sus obligaciones con todos sus bienes, nuestro ordenamiento jurídico se caracteriza por la existencia de una serie de

42

Montero Aroca (2): "La ejecución provisional de sentencias en el procedimiento Laboral. Ed. Tirant Lo Blanc, 1999

disposiciones que imposibilitan o limitan el embargo sobre ciertos bienes o derechos del ejecutado.

Así en principio no son embargables los derechos que no tengan un contenido patrimonial, por pertenecer a la esfera personal o familiar del ejecutado, así como los derechos de carácter político, social o administrativo; aunque si de esos derechos se derivan unos beneficios o consecuencias económicas que ingresan en el patrimonio del deudor, estos ingresos sí podrán ser objeto de traba legal.

Incluso ciertos bienes y derechos aún teniendo contenido económico no podrán ser embargables, normalmente por razones de utilidad pública o interés social. Por último algunos bienes son objeto de embargo pero con ciertas limitaciones.

El problema de cuales son los bienes y derechos embargables sólo puede ser solucionado por exclusión, es decir señalando cuáles son los bienes inembargables o en su caso embargables con ciertas limitaciones.

a) *Bienes inembargables por razones de utilidad pública o interés social.*

Estos bienes o derechos pueden ser tanto públicos como privados. Así son inembargables:

- Los bienes de dominio público, tanto del Estado, como de las Comunidades Autónomas, y de las Corporaciones Locales.

El artículo 339 del C. Civil cita entre éstos los caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado, las riberas, playas, radas y otros análogos; así como las murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio y las minas mientras no se otorgue su concesión.

El artículo 344 del C. Civil señala como bienes de uso público los caminos vecinales y provinciales, las plazas, calles, fuentes yaguas públicas, los paseos y las obras públicas de servicio general, costeadas por los mismos pueblos o provincias.

- Los bienes integrantes del Patrimonio Nacional (Ley 23/1982 de 16 de junio).

- Las Iglesias, capillas, cementerios y demás lugares destinados específicamente al culto, los demás bienes y edificios religiosos son embargables si no están destinados al culto.

- Los bienes del patrimonio del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales. Precepto de especial trascendencia en cuanto a las ejecuciones seguidas frente a organismos públicos es el artículo 44 de la Ley General Presupuestaria que reproduzco íntegramente, por su interés:

«1. Los Tribunales, Jueces y Autoridades administrativas no podrán despachar mandamientos de ejecución, ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes en general de la Hacienda Pública.

2. El cumplimiento de las resoluciones judiciales que determinen obligaciones a cargo del Estado o de sus Organismos autónomos corresponderá

exclusivamente a la Autoridad administrativa que sea competente por razón de la materia, sin perjuicio de la facultad de suspensión o inejecución de Sentencias previstas en las Leyes.

3. La Autoridad administrativa encargada de la ejecución acordará el pago en la forma y con los límites del respectivo presupuesto. Si para el pago fuera necesario un crédito, deberá solicitarse de las Cortes uno u otro dentro de los tres meses siguientes al día de notificación de la resolución judicial».

- Los bienes de las instituciones de beneficencia.

-Las vías férreas abiertas al servicio público, las estaciones, almacenes, talleres, terrenos, obras y edificios que sean necesarias para su uso y las locomotoras, carriles y demás efectos de material fijo y móvil destinados al movimiento de la línea.

En cambio si son embargables los rendimientos líquidos de la explotación, el producto de las obras vendidas en subasta pública y cualquier bien que posea la Compañía que no forme parte del camino y no sea necesario para el movimiento y explotación del mismo, artículo 1.448 de la L.E.C..

- Las carreteras de peaje, pero pudiendo ser intervenida judicialmente su administración.

- Las concesiones de transporte público por carretera y los vehículos e instalaciones a ellas afectadas. Si puede intervenir la administración y embargarse hasta el 10% de la recaudación.

- Minas. (Ley 22/1973 de 21 de julio, sobre hidrocarburos, Ley 21/1974, de 27 de junio).

- Montes calificados como propiedad forestal catalogada.

b) *Bienes o derechos privados inembargables*

Como bienes o derechos privados inembargables se pueden señalar:

- Las servidumbres por si mismas son inembargables al ser inseparables de la finca a que activa o pasivamente pertenecen, artículo 534 del C. Civil.

- El derecho de copropiedad sobre elementos comunes en el régimen de propiedad horizontal ya que el artículo 396 del C. Civil sólo posibilita su embargo juntamente con la parte privativa de la que es anejo inseparable.

- Los derechos de prenda, hipoteca y anticrisis son inembargables con independencia del crédito que garantizan. - - Los derechos de uso y habitación al disponer el artículo 525 del C. Civil no poder ser traspasados a otros por ninguna clase de título.

- El derecho de arrendamiento de viviendas y fincas rústicas; aunque si puede ser embargado el derecho de traspaso sobre un local de negocio.

-El derecho a alimentos al no ser transmisible a un tercero dicho derecho, artículo 151 del C. Civil, aunque pueden embargarse las pensiones devengadas y no satisfechas en su totalidad y las futuras si bien estas últimas dentro de los límites del artículo 1.451 de la L.E.C.

- Algunos derechos y bienes serán inembargables durante un plazo si una disposición expresaba dicha limitación, lo que no impide efectuar el embargo

antes del transcurso del plazo y proceder a la realización forzosa una vez transcurso de éste.

El artículo 606 de la L.E.C., establece que «tampoco se embargarán nunca: “el lecho cotidiano del deudor, de su cónyuge e hijos, las ropas del preciso uso de los mismos, el mobiliario, libros e instrumentos indispensables para el ejercicio de la profesión, arte y oficio a que aquel pueda estar dedicado legalmente».

Hay que señalar al respecto que dicho precepto se debe interpretar en concordancia con lo dispuesto en el artículo 75 de la L.RJS, que prohíbe el fraude de Ley y el abuso del derecho, sin que se puedan proteger situaciones de ejecutados enmarcados en profesiones liberales de los que se puede presumir al menos una «digna solvencia» y que agazapados en dicho artículo pueden hacer ilusorios los derechos del ejecutante y la efectividad de las resoluciones judiciales en contra del artículo 118 de la Constitución.

Por otro lado entiendo que la expresión "instrumentos indispensables para el ejercicio de la profesión y oficio» sólo puede ser aplicable a ciertas situaciones de profesiones liberales y con los límites y matizaciones señalados ya que de aplicarlo también a las Sociedades, nunca sería posible el embargo de la maquinaria de las empresas, con lo cual ninguna o casi ninguna diligencia de embargo podrían practicar los Juzgados de lo Social.

Mi opinión es que tanto los profesionales liberales, a los que a mi juicio, va dirigido el artículo 1.449, como el resto de los ejecutados sólo podrían verse liberados del embargo sobre dichos bienes si manifiestan otros bienes y derechos suficientes para cubrir principal y costas, artículo 249 de la L.RJS; lo contrario, es convertir las resoluciones judiciales en papel mojado.

Por lo que respecta a la inviolabilidad del domicilio y el embargo F. Salinas, señala que la sentencia del Tribunal Constitucional 160/1991 de 18-7, llega a una conclusión discutible ya que establece que una vez recaída una resolución judicial que adquiera firmeza y que de lugar, por su naturaleza y contenido, a una entrada domiciliaria, tal resolución será título bastante para esa entrada y se habrá cumplido la garantía del arto 18 de la Constitución.

Parece que por tanto, es suficiente con que el auto despachando ejecución sea firme, para que se pueda practicar el embargo en la vivienda del ejecutado.

c) Bienes embargables con limitaciones

Por lo que respecta al embargo de sueldos y pensiones y dejando de lado por no aplicación en el orden social el embargo que tiene por objeto el pago de alimentos debidos al cónyuge o a los hijos, hay que tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 1.449 párrafo 2 y 1.451 de la L.E.C.

Dichos preceptos permiten el embargo de los salarios con ciertos límites; siendo inembargable la cuantía que suponga el salario mínimo interprofesional artículo 27.2º del E.T., las cantidades que excedan de dicha cuantía, serán trabadas conforme a una escala en función de esa cuantía en exceso que va desde el 30 al 90%, practicándose estos porcentajes de retención sobre el

salario líquido, esto es una vez descontados los impuestos, Seguridad Social, tasas u otras cargas públicas.

A su vez, el artículo 22 de la Ley General de Seguridad Social establecía que las prestaciones de la Seguridad Social no podían ser objeto de embargo salvo para el cumplimiento de las obligaciones alimenticias a favor del cónyuge e hijos y para las obligaciones que el beneficiario tuviese contraídas con la Seguridad Social, en éste último caso se ve otra vez los más amplios poderes de los órganos administrativos ejecutantes.

Esta antigua limitación al embargo no solía tener mucha trascendencia práctica dado que rara vez era ejecutado en los Juzgados de lo Social el trabajador o beneficiario de la S. Social; pero los problemas surgían cuando el empresario ejecutado tenía como único bien localizable para su traba dicha prestación.

El problema fue zanjado en parte por el Tribunal Constitucional considerando que entraba dentro de las atribuciones de los órganos judiciales entender que el artículo 22.1º de la L.G.S.S. había sido derogado y sustituido por la nueva redacción del artículo 1.449 párrafo 2º de la L.E.C. y que igualmente formaba parte de las facultades de los órganos judiciales inaplicar el artículo 22.1º de la L.G.S.S. por entenderlo derogado por la Constitución.

No obstante el Tribunal Constitucional en sentencias 113/89 de 12 de junio; 138 y 140/89 de 20 de julio ha introducido en cierto modo una doctrina algo ambigua ya que aún declarando la inconstitucionalidad del artículo 22.1º de la L.G.S.S. y que todos los bienes y derechos de contenido patrimonial que sean alienables pueden ser objeto de ejecución señala a continuación que «los valores constitucionales que conceden legitimidad al límite que la inembargabilidad impone el derecho del acreedor se encuentran en el respeto a la dignidad humana, artículo 10.1º de la Constitución al cual repugna que la efectividad de los derechos patrimoniales se lleve al extremo de sacrificar el mínimo vital del deudor, privándole de los medios indispensables para la realización de sus fines personales, así como en la protección de la familia, el mantenimiento de la salud y el uso de una vivienda digna y adecuada, valores éstos, que unidos a las prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad que debe garantizar el régimen público de la Seguridad Social, están constitucionalmente consagrados en los artículos 39, 41, 43 y 47 de la Constitución y ,obligan a los poderes públicos, no sólo al despliegue de la correspondiente acción administrativa prestacional sino además a desarrollar la acción normativa que resulte necesaria para asegurar el cumplimiento de esos mandatos constitucionales, a cuyo fin resulta congruente y razonable crear una esfera patrimonial intangible a la acción ejecutiva de los acreedores que coadyuve a que el deudor pueda mantener la posibilidad de una existencia digna.

Por otro lado, el artículo 5.3º de la Ley Orgánica de libertad Sindical, establece que las cuotas sindicales no podrán ser objeto de embargo.

Respecto al embargo de buques se posibilita con ciertas limitaciones. Al efecto son de aplicación lo dispuesto en los artículos 584, 580 y 579 del Código de Comercio, los artículos 31 y 32 de la Ley de Hipoteca Naval de 21 de agosto de 1983 sobre embargo preventivo de buques hay que tener en cuenta el Convenio Internacional de 10 de mayo de 1952 y la Ley 2/1967 de 8 de abril.

E. Límites cuantitativos del embargo

La actividad del órgano ejecutor, además de los límites respecto a los bienes a embargar tiene otros condicionamientos de tipo cuantitativo y que derivan de la cantidad por la que se puede despachar la ejecución.

El principio de proporcionalidad en el embargo de los bienes del deudor exige según algunos autores que el sacrificio del ejecutado sea el mínimo para que la ejecución se lleve a buen término.

La cuantía por la que se debe despachar la ejecución y que servirá de límite cuantitativo al posible embargo; según el artículo 575.1 de la L.E.C. es la que resultado de la suma del principal y costas; en idéntico sentido el artículo 1.442 de la L.E.C.

Además el artículo 1.446 del mismo cuerpo legal señala dicha cantidad como la única que ocasiona la suspensión de la diligencia de embargo si la consigna del ejecutado ya que si la cantidad consignada es suficiente para cubrir la deuda principal y las costas, se practicará el embargo por la que falte.

La L.E.C. partía de un error y es que así como la cantidad principal se conoce desde el principio de la ejecución, en ese momento se ignora la suma definitiva de las costas que se puedan generar, además no se hacía ninguna referencia a los intereses de demora pese a venir contemplados en el artículo 576 de la norma procesal civil.

El artículo 251 de la L.RJS en una redacción que supera a la norma civil, clarifica los anteriores problemas e incluye los intereses en la cantidad por la que se despacha la ejecución. En efecto dicho precepto dispone: «salvo que motivadamente se disponga otra cosa, la cantidad por la que se despache ejecución en concepto provisional de intereses de demora y costas no excederá para los primeros del importe de los que se devengarían durante un año y, para las costas, del 10 por 100 de la cantidad objeto de apremio en concepto de principal.»

Respecto a los intereses de demora, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 576 de la L.E.C. con lo que se calculará una cantidad equivalente al interés legal del dinero en ese año sobre la suma principal; incrementado dicho interés en dos puntos.

Hay que señalar que no están sujetos a esta limitación al poder incluirse dentro del principal, los intereses del artículo 29 del E. T. si hay condena a ellos en la sentencia, así como las del artículo 576 de la L.E.C. devengados desde la fecha de la sentencia hasta la fecha de la resolución despachando ejecución ya

que respecto de ellos ninguna nota de provisionalidad se predica al saberse en ese momento su cuantía exacta.

La cantidad a que hace referencia el artículo 251 de la L.R.J.S. lo es con carácter provisional por lo que si la ejecución se alarga por ejemplo más de un año se pueden aumentar la cuantía de la partida de intereses y por tanto acordar la mejora del embargo; a la inversa si hay un pago parcial del ejecutado se puede reducir la cuantía y decretar la reducción del embargo, artículo. 259.2 L.R.J.S.

Las costas provisionales se calculan en este momento inicial en un 10% de la cantidad principal.

La finalidad de ambas limitaciones, es evitar inflar injustificadamente las cuantías por las que se despacha la ejecución, incluyendo partidas excesivas en su cuantía; es de resaltar que el artículo 251 de la L.R.J.S. es uno de los pocos preceptos donde se observa una cierta protección para el ejecutado; no obstante y al inicio del precepto se señala «salvo que motivadamente se disponga otra cosa» con lo que dichos límites no se aplicarán en caso que concurren circunstancias especiales como por ejemplo una previsión de publicación numerosa de edictos tanto de subasta, como de notificación o una cuantiosa liquidación de honorarios de peritos, Registro de la Propiedad, Abogados, Graduados Sociales, etc. ...; además no hay que olvidar que en caso de recurso de suplicación ante la Sala de lo Social, los intereses del artículo 576 de la L.E.C. se verán incrementados por ese lapsus de tiempo en el que el Tribunal Superior resuelve el recurso.

En cualquier de los casos, la cantidad inicial de intereses y costas es siempre provisional y será en el momento de abono de la cantidad principal cuando se liquiden de forma definitiva los intereses; respecto a las costas puede ocurrir que se pague el principal por el ejecutado y no los intereses con lo cual se proseguirá la ejecución por ellos, con lo cual no se practicará por el momento tasación definitiva de costas, artículo 269 de la L.R.J.S.

La Tercería de dominio. Su efecto prejudicial

Como se dijo con anterioridad, para decretar el embargo sobre determinados bienes del ejecutado, normalmente los no inscribibles bastaba con que se diese la presunción de su pertenencia al ejecutado, por encontrarse dentro del señorío físico del ejecutado.

Pero puede ocurrir que aunque se encuentren en el señorío físico del apremiado no pertenezcan a él, sino a un tercero que ve como el órgano ejecutor ha embargado un bien de su propiedad.

Estos problemas suele ocurrir cuando los bienes no son inmuebles o muebles inscritos en Registro Públicos ya que en estos casos la publicidad formal y material de dichos registros permitirá al órgano ejecutor descubrir, previamente a adoptar la decisión del embargo, la titularidad fehaciente del bien.

En cualquier caso el tercero que invoque la titularidad sobre el bien embargado podrá ejercitar la oportuna tercería de dominio en solicitud de que se levante el embargo sobre dicho bien.

El artículo 260 de la L.R.J.S. dispone que el tercero que invoque el dominio sobre los bienes embargados adquirido con anterioridad a su traba, podrá pedir el levantamiento del embargo ante el órgano del orden jurisdiccional que conozca de la ejecución, que a los meros efectos prejudiciales resolverá sobre el derecho alegado, alzando en su caso el embargo».

La regulación de la nueva Ley (LRJS) mejora la situación de la anterior que obligaba al tercero a ejercitar la tercería ante un órgano, el Juzgado Civil, ajeno a la ejecución social, además de clarificar y regular más explícitamente diversos aspectos y efectos de la interposición de dicha acción.

En primer lugar hay que señalar que la pretensión del tercero debe de recaer sobre bienes adquiridos por él con anterioridad a la traba del Juzgado de lo Social ya que si la adquisición fue con posterioridad y se trata de inmuebles los efectos de la aplicación del Art. 71 de la Ley Hipotecaria en cuanto a la publicidad material de los asientos registrales, impedirá el triunfo de dicha pretensión ya que el bien inmueble podrá ser enajenado, pero sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación.

Tratándose de muebles hay que señalar que el adquirente posterior lo será con la carga del embargo; recuérdese lo dicho con anterioridad respecto a la naturaleza real del embargo. Lo contrario supondría convertir en inútil cualquier embargo decretado por el órgano ejecutor.

Por lo que respecta a la *legitimación activa* para la interposición de la tercería habrá que estar a los términos del artículo 240 de la L.R.J.S. considerando terceros a los que no son ejecutantes ni ejecutado, ni han sido declarados sucesores de estos; estando por tanto prohibida la tercería para el ejecutado.

La *regulación* de la tercería se encuentra en el artículo 260 de la L.R.J.S.; que difiere como se verá de la que contiene la L.E.C. en sus artículos 1.532 y s.s.; sin perjuicio de su aplicación supletoria en lo no previsto en el Texto Refundido y si no choca frontalmente con la L.R.J.S.

A estos efectos los artículos 1.532 y s.s. de la L.E.C. son de aplicación a la ejecución de cualquier sentencia y en cualquier juicio en que se hayan embargado bienes, artículo 1.543, a pesar del error sistemático al encuadrarlas dentro del juicio ejecutivo.

El *órgano competente* para su tramitación y resolución es el órgano judicial social que sigue la ejecución, no el Juzgado civil, como ocurría con anterioridad, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 55 de la L.E.C. y 10 de la L.O.P.J., precepto este último que permite a los solos efectos

prejudiciales, a cada orden jurisdiccional conocer de asuntos que no le estén atribuidos prácticamente; como la discusión sobre la propiedad de un bien, más propio del orden, jurisdiccional civil.

El *plazo de interposición* de la tercería es distinto el establecido en la L.E.C., ya que mientras el artículo 596 de dicha norma permite deducir la tercería hasta que se otorga la escritura o consume la venta de los bienes o se adjudiquen en pago y entrega el ejecutante, el artículo 260. 2º de la L.R.J.S. acorta dicho plazo exigiendo que se formule con una antelación a la fecha señalada para la subasta no inferior a 15 días.

El artículo 260.2º de la L.R.J.S. exige que con la solicitud se acompañe el título en el que se funde la pretensión. El artículo 596.2 de la L.E.C. va mucho más lejos, al entender que la no aportación del título conlleva no dar curso a la tercería, entiendo esta sanción exagerada ya que por analogía se deberá acudir previamente a la técnica subsanatoria del artículo 81.1º de la L.R.J.S.

Por lo que respecta al título, se trata de una mera justificación inicial de la propiedad del bien, tratando únicamente de acreditar en este momento la seriedad con que se interpone la tercería, sin perjuicio de la prueba plena que se articule en la comparecencia posterior, en la que en principio cabrán todos los medios de prueba admisibles y pertinentes y no sólo la documental.

La *tramitación de la tercería* es conforme al trámite incidental previsto en el artículo 238 de la L.R.J.S. dice Blasco Pellicer (32) y no por los trámites del juicio declarativo que corresponda a su cuantía, artículo 1.534 de la L.E.C., por lo que no hay plazo para contestar a la demanda; sino una citación directa a una comparecencia con entrega de copia de la tercería a las otras partes.

Es conveniente la apertura de una pieza separada para la tramitación y resolución de la tercería que evitará problemas en caso de que se recurra el auto resolutorio de ésta, lo que originaría que el resto de la ejecución se elevase también a la Sala de lo Social.

Las partes demandadas en la tercería serán el ejecutante y el ejecutado, artículo 1.539 de la L.E.C., pero también lo deben de ser aunque el tercerista no dirija su pretensión frente a ellos, los responsables legales subsidiarios, como el FOGASA ya que en caso de estimación de la tercería, dicho Organismo verá como aumentan las posibilidades de decretar la insolvencia total o parcial de la ejecutada al desaparecer de la traba un bien realizable.

El fundamento de la pretensión del tercerista debe ser el dominio sobre los bienes embargados, así se contempla en la L.R.J.S. y L.E.C., si bien de «*lege ferenda*», sería conveniente que se permitiese también cuando lo que se alega es una titularidad sobre el crédito embargado, a no ser que se entienda la

43

Blasco Pellicer (32): "Tercería de Dominio". Obra colectiva "Incidencia de la LEC en el proceso laboral", pág 708

expresión "bienes" en un sentido amplio y comprensivo también de los créditos. Además sería aconsejable que se hiciese extensiva la tercería a supuestos de terceros con derechos sobre los bienes o créditos embargados que se opongan a su futura realización.

Los *efectos* de la interposición de la tercería son limitados ya que sólo se suspenderán las actuaciones relativas a la liquidación de los bienes discutidos, hasta la resolución del incidente, artículos 260.3º de la L.R.J.S. y 1.535 de la L.E.C, respecto de los bienes no comprendidos en la tercería, podrá continuarse contra ellos la ejecución, entregándose su importe al ejecutante, a cuenta de su crédito, artículo 1.542 de la L.E.C.

La no asistencia del ejecutante y el ejecutado a la comparecencia no puede ser equivalente a la no contestación a la demanda de tercería y a sus efectos previstos en el artículo 541 de la L.E.C. que parece que conlleva un allanamiento a la pretensión del tercerista.

La jurisprudencia ha entendido que en este caso la no contestación a la demanda equivale a una simple admisión de los hechos pero que habrá que dictarse la resolución que corresponda conforme a derecho.

La *resolución* de la tercería es por auto y no por sentencia y la decisión final lo es a los "meros efectos prejudiciales», artículo 10.1º de la L.O.P.J., en consonancia con lo previsto en el artículo 4.2º de la L.R.J.S. que establece que «la decisión que se pronuncie no producirá efecto fuera del proceso en que se dicte.»

Asimismo, el artículo 1.533 de la L.E.C. abre la puerta a otro tipo de reclamaciones fuera de la tercería, permitiendo al tercero deducir su pretensión contra quien y como corresponda.

La prejudicialidad de la decisión del órgano social y su no vinculación en otro proceso posterior, no es más que una expresión de la tan repetida y consagrada libertad e independencia de las órdenes jurisdiccionales.

No obstante la posterior demanda y sentencia de un Juzgado de Primera Instancia puede plantear problemas de muy difícil solución; en primer lugar aunque el tercerista acuda con rapidez al Juzgado Civil es casi imposible que resuelva antes de que la venta se haya consumado en el Juzgado de lo Social, con lo que la adquisición por el adjudicatario en el órgano social del bien estará sujeta a una pendencia permanente que choca con los más elementales principios de seguridad jurídica; además no se debe olvidar a estos efectos lo dispuesto en el artículo 464 del Código Civil al disponer que si el poseedor de la cosa mueble la hubiese adquirido de buena fe en venta pública, no podrá el propietario obtener la restitución sin reembolsar el precio dado por ella.

Por lo que respecta a los bienes inmuebles es todavía más taxativo el artículo 34 de la Ley Hipotecaria ya que si el adjudicatario reúne las condiciones para ser considerado tercero hipotecario, que las reúnen dicho sea de paso casi todos los adjudicatarios en subastas judiciales, una vez inscrito el auto de adjudicación, será mantenido en su adquisición, aunque después se anulen o resuelvan el derecho del ejecutado, por virtud de causas que no consten en el Registro.

Otro mecanismo más rápido y útil en sus consecuencias para el tercero es el denominado por la doctrina como “tercería registral”, al disponer el artículo 38 de la Ley Hipotecaria que en el caso de embargo de bienes inmuebles se sobreseerá todo procedimiento de apremio sobre ellos desde el momento en que en autos, conste por certificación del Registro de la Propiedad, que dichos bienes constan inscritos a favor de persona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo o se sigue el procedimiento, quedándole al ejecutante reservada su acción para perseguir en la ejecución otros bienes o derechos del ejecutado y para ventilar en el juicio correspondiente el derecho que pueda asistirle en cuanto a los bienes respecto de los cuales se suspende el procedimiento.

Este precepto debe entenderse con matizaciones ya que si el tercero adquirió el bien con posterioridad a la traba, entrarán en juego el artículo 71 de la L.H. y lo ya dicho respecto a la transmisión del bien con el embargo y sin perjuicio de la figura del tercer poseedor prevista en el artículo 134 de la Ley como subrogado en el lugar del ejecutado y con derecho a intervenir en el proceso de ejecución, artículo 143 del Reglamento Hipotecario.

Por lo que respecta a los *recursos* posibles frente al auto resolutorio de la tercería, habrá que estar a lo dispuesto en los artículos. 191.2º Y 204.2º de la L.R.J.S. que permitirán la suplicación o la casación si se encuentra el fondo del asunto dentro de dichos límites cuantitativos o cualitativos es decir si la sentencia hubiese sido recurrible, con lo que se pueden producir perjuicios si el asunto de fondo es de pequeña cuantía y el bien embargado es de gran valor.

Por último hacer referencia a la aplicación supletoria de la L.E.C. en dos aspectos interesantes:

El primero es la prohibición de interponer segunda tercería que se funde en títulos o derechos que se poseyera el que la interponga al tiempo de formular la primera; para evitar repeticiones de acciones con evidente afán dilatorio y la segunda es la previsión de la condena de costas; ya que se aparta de la regla general de que su pago corresponde al ejecutado, al disponer el artículo 950.2º de la L.E.C. que las costas de los incidentes «serán a cargo de la parte o partes a quienes se impongan sobre cuyo extremo deberán, los Jueces y Tribunales hacer declaración expresa al resolver el incidente. Si no la hicieran cada parte pagará las causadas a su instancia»

G.Embargo de bienes inmuebles. Mandamiento y certificación de cargas.

Si lo que el órgano ejecutor ha embargado son bienes inmuebles, la garantía de la traba y la oponibilidad del embargo frente a terceros adquirentes consiste en el anotación en el Registro de la Propiedad de dicho embargo mediante una anotación preventiva.

Así, el artículo 1.453 de la L.E.C. señala que «del embargo de bienes inmuebles se tomará anotación preventiva en el Registro de la Propiedad con arreglo a las disposiciones de la Ley Hipotecaria y Reglamento para su ejecución, expidiéndose para ello el correspondiente mandamiento por duplicado».

La anotación preventiva tiene carácter constitutivo y produce lo que la doctrina denomina una "hipoteca judicial", que otorga preferencia al derecho anotado sobre los créditos contraídos con posterioridad y que no impide la enajenación de la finca como se vio al hablar del embargo ejecutivo, artículo 71 de la L.H..

Montero Aroca señala dos efectos fundamentales de la anotación preventiva de embargo: *lus persigendi* e *lus prioritatis*: Otorga preferencia para el cobro del crédito correspondiente, sobre el producto de la enajenación forzosa de los bienes anotados, artículo 44 de la L.H. Si bien la preferencia que otorga el precepto hipotecario y que es la concedida por el artículo 1.923.4º del C. Civil: sólo limitada a créditos posteriores debe de ser corregida al amparo de lo dispuesto en el artículo 32 del E. T. ya que tratándose de salarios de los últimos 30 días la preferencia es 11 respecto de cualquier otro crédito, tratándose de otros salarios o de indemnizaciones la preferencia también puede ser de mayor alcance como se verá en su momento.

El artículo 255 de la L.RJS, al regular la anotación preventiva mejora con creces la redacción del artículo 1.453 de la L.E.C. al concretar qué bienes pueden ser objeto de anotación y el alcance de la obligación del Registrador.

En primer lugar hay que señalar que puede recaer la anotación no sólo sobre inmuebles, sino también sobre otros bienes muebles; ya que el precepto habla de «inmuebles u otros inscribibles en Registro Público»; lo que es importante respecto a diversa maquinaria sometida a hipoteca mobiliaria por ejemplo.

La expedición del mandamiento, puede corresponder directamente al Secretario, no necesariamente al Juez.

La exigencia prevista en los artículos 257 de la L.H. y 165 de su Reglamento de que sea el Juez el que expida el mandamiento (o, se debe entender derogada por lo dispuesto en el artículo 62.1º de la L.R.J.S. que establece que "El Secretario deberá expedir oficios, exhortos y mandamientos y recordatorios interesando la práctica de las actuaciones que dimanen de su competencia». A su vez el artículo 7c) del Reglamento Orgánico de los Secretarios Judiciales posibilita la expedición directa del mandamiento incluso en los supuestos de ejecución de lo acordado por el Juez o Tribunal.

Carece por tanto de sentido la práctica minoritaria por fin, de algunos Registradores denegando la anotación si no aparecía la firma del Juez, olvidando que el Secretario integra el órgano judicial y da fe de la resolución y lo que es más importante, que el mandamiento no es más que una

comunicación de una resolución judicial previa en la que se ha acordado el embargo.

El Juzgado competente para la expedición del mandamiento es el órgano judicial que ejecuta con independencia del Registro al que vaya dirigido; por tanto la exigencia de que sea el Juzgado del mismo término jurisdiccional del Registro, contemplada en el párrafo 2º del artículo 165 del R.H. debe entenderse derogada.

La Resolución de la Dirección General de Registros y del notariado de 31 de octubre de 1985 considera que ello ha devenido incompatible con el nuevo Art. 299 de la L.E.C. además el Art. 253 de la L.R.J.S permite que se libere el mandamiento «directamente» sin necesidad de remisión por conducto de otro Juzgado.

Importante es lo referente a las menciones indispensables que debe contener el mandamiento.

1.º Se debe expresar la causa, es decir el procedimiento (núm. de autos , de ejecución) que haya dado lugar al embargo (Art. 72.2.º de la L.H.)

2.º Se concretará el importe del principal reclamado y si proceden los intereses y costas que se han devengado, aunque sean estos últimos concretados en forma provisional (Art. 166.3º del R.H.). Este mismo precepto exige que se concreten el nombre o nombres del ejecutante y ejecutado.

3.º Se debe insertar literalmente la resolución en que se acordó el embargo del bien, con su fecha (Art. 165 del R.H.). Este artículo exige señalar en su caso si es firme la resolución.

Los Registradores suelen ser muy flexibles en esta exigencia, pidiendo solamente que se haga constar que se ha notificado al ejecutado la resolución, lo que por otro lado carece de importancia a la hora de cumplimentar el mandamiento ya que los Arts. 184 Y 244 de la L.R.J.S. establecen la ejecución y cumplimiento de la resolución no obstante su impugnación y sin deber olvidarse que el Art. 54.3º de la L.R.J.S. posibilita el que no se notifique al ejecutado la resolución en la que se acuerda el embargo del inmueble, de forma inmediata, pudiéndose acordar la demora en la práctica de la notificación para asegurar la efectividad del embargo; con lo cual se debería cumplimentar la anotación sin dicha notificación.

No hay que olvidar que conocido por el ejecutado el embargo podría transmitir a un tercero el inmueble y éste inscribirlo en el Registro, con los efectos y protección del Art. 34 de la L.H.; lo que haría ilusorios muchas veces los derechos del ejecutante y sin que el remedio de la interdicción del fraude de Ley y el alzamiento de bienes sea efectivo si se observa la estadística y la práctica judicial.

4.º Una mención a la que no hace referencia la Ley Hipotecaria y tampoco inexplicablemente la LRJS, es la reseña en el mandamiento y claro está en la resolución judicial que se inserta en él, de la naturaleza y cuantía de los créditos que se están ejecutando.

Los extraordinarios efectos que se producen por el juego preferencial de los créditos salariales e indemnizatorios, artículo 32 del E. T., obligan a que los terceros que se puedan ver afectados por posibles cancelaciones de las anotaciones de sus créditos sepan mediante la publicidad material de la anotación, la naturaleza y cuantía de los créditos del órgano ejecutor social.

Aunque éste no es el momento oportuno se puede apuntar que en muchos casos la adjudicación en subasta judicial del inmueble puede ocasionar la cancelación de cargas y gravámenes anteriores incluso al crédito de los ejecutantes laborales por las amplísimas consecuencias de la preferencia crediticia que a los salarios e indemnizaciones, éstas últimas equiparados a los primeros por abundante doctrina y jurisprudencia, otorga el artículo 32 del E. T.

Entre otras sentencias, se pueden señalar la del Tribunal Central de Trabajo de 22 de marzo de 1988 que vino a afirmar que el establecimiento y efectos de los privilegios del crédito salarial precisaban (se debe de entender para la posterior cancelación de anotaciones anteriores el crédito de los ejecutantes) de la identificación de su naturaleza y cuantía en el Registro.

En la misma línea otras resoluciones han confirmado que es competente el Juzgado de lo Social) para ordenar al Registrador en el propio procedimiento de ejecución de sentencia, la cancelación de todas las cargas, anteriores o posteriores, a la anotación originada en la ejecución de el Juzgado de lo Social, si el mandamiento de cancelación ha venido precedido de las necesarias cautelas o garantías a favor de los acreedores anteriores (auto de la antigua Audiencia Territorial de Barcelona de 10 de noviembre de 1988, auto del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1985, Sala de Conflictos de competencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1986 Y Sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 22 de marzo de 1988 y del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1988).

Las cautelas y garantías a favor de los acreedores anteriores son además de salarios dejados de percibir o indemnizaciones con la preferencia crediticia que a ellos otorga el artículo 32 del E. T. Y su concreta cuantificación, la obligada puesta en conocimiento de todos los acreedores inscritos en el Registro (tanto los anteriores como los posteriores a la anotación de los ejecutados) de la concreta ejecución laboral para que puedan intervenir en el avalúo y subasta del inmueble, artículo 1.490 de la L.E.C..

Erróneamente se piensa por muchos autores que lo que se debe reseñar en el mandamiento es la advertencia de que la ejecución se sigue por los últimos 30 días de trabajo, crédito conocido como «superprivilegio» (Art. 32.1º del E. T.), sin ninguna otra referencia al resto de los créditos o indemnizaciones, olvidando que también estos últimos créditos, aunque con menor fuerza que los salarios superprivilegiados, pueden en ocasiones motivar la cancelación de cargas anteriores.

Se volverá sobre ello al hablar de la subasta.

Innovadora es la regulación que de la certificación del Registro contiene el artículo 253 de la L.R.J.S. suele ser práctica habitual en algunos Registros la extensión de una certificación de lo más escueta y referente sólo a las cargas y gravámenes del bien, incluso en algunos supuestos no se remite la certificación sino una fotocopia literal de las hojas del Registro que si el Juzgado está de suerte puede venir escrita a máquina, ya que en otros casos la escritura manual hará imposible su lectura.

Sobra hacer ningún comentario sobre lo que debe de ser una certificación que clarifique la situación real del inmueble; no obstante y quizás aconsejado por la experiencia de la ejecución laboral el legislador señala claramente el contenido de la certificación:

- Debe contener la mención de que se ha practicado la anotación preventiva de embargo solicitada; el Art. 253 señala «certificación de haberlo hecho». Por tanto no basta con el sello del registro en el mandamiento.
- Se debe ampliar la certificación a la titularidad de los bienes. Este certificado de titularidad de los bienes nos puede ofrecer grandes posibilidades de mejorar la anacrónica regulación de la subasta de inmuebles de la L.E.C. careciendo de sentido el absurdo requerimiento al ejecutado para que presente los títulos de propiedad (Art. 1.489.2º), títulos que nunca son presentados.

Se debe considerar por tanto como título suficiente para la subasta, la certificación inicial en el momento de la anotación, aunque transcurre mucho tiempo hasta la subasta ya que el Registrador está obligado a comunicar los ulteriores asientos que pudiesen afectar al embargo anotado.

- En la certificación se deben de recoger las cargas y gravámenes que afectan a la finca; lo que posibilitará la puesta en conocimiento de los acreedores registrales de la ejecución a efectos de posibilitar su intervención en el avalúo y subasta de los bienes. (Art. 1.490 de la L.E.C.).

Aspecto novedoso y que solucionará muchos problemas es la obligación del Registrador de comunicar al Juzgado de lo Social la existencia de ulteriores asientos que pudieran afectar al embargo anotado.

La publicidad registral no puede ser estática y referida a un momento determinado y más si se tiene en cuenta la duración excesiva del procedimiento de realización de los bienes inmuebles, por lo que tanto la certificación de la titularidad del bien como la de sus cargas debe ser dinámica, comunicándose los ulteriores cambios que se puedan producir en dichas anotaciones.

Piénsese que la transmisión del bien con posterioridad a la anotación, artículo 38.5º de la L.H., hará que pueda intervenir en el proceso de ejecución el adquirente como tercer poseedor, entendiéndose con él las diligencias ulteriores, como subrogado en él lugar del deudor, artículo 134.1º L.H.

- Por otro lado el no comunicar al Juzgado de lo Social las ulteriores anotaciones de cargas sucesivas que se vayan produciendo pueden originar problemas de falta de notificación del procedimiento de ejecución a dichos acreedores, a los efectos ya señalados; por otro lado puede ocurrir que las cargas sobre que ya se certificó se modifiquen en su cuantía (por ampliación o

reducción), con lo que de no ponerse en conocimiento estos cambios no se tendrá noticia de la situación real del bien a subastar y ello todavía más agravado en la actualidad, ya que se exige una peritación del bien teniendo en cuenta las cargas de éste (Artículo 260 de la L.R.J.S.).

Es aconsejable que si el Registro no cumple con dicha obligación, se pida la certificación de oficio por el Juzgado tanto a la hora de valorar el bien, como a la hora de decretar la cancelación de alguna carga si a ella hubiera lugar.

Hay que señalar que esta publicidad registral puntual y continuada supera en mucho la certificación especial continuada que prevé el artículo 354 del Reglamento Hipotecario dado los límites y condicionamientos que presente dicha certificación.

Problema de frecuente aparición era también el de la exigencia de algunos Registradores de justificar el pago del impuesto. No obstante ello no debe ser necesario.

Las anotaciones preventivas que se practiquen en los Registros Públicos no son actos sujetos al impuesto de transmisiones patrimoniales ya estos actos jurídicos documentados, si vienen ordenados de oficio por la autoridad judicial, por lo que será de aplicación la regla de que no será necesaria la previa presentación en las oficinas liquidadoras, de las resoluciones para que éstas puedan surtir efecto en el Registro de la Propiedad, artículos 40.49, 57.19 y 2 del Real Decreto Legislativo 3.050/1980 de 30 de diciembre y 88.19 del Decreto 3.494/1981 de 29 de diciembre y Resolución de la D.G.R.N. de 21 de diciembre de 1987.

Por lo que respecta a la anotación de bienes no inscritos, el artículo 73.3° de la L.H. permite la anotación preventiva siempre que el órgano judicial lo ordene y se haga previamente la inscripción del bien a favor de la persona gravada por dicha anotación, es decir la inscripción a favor del ejecutado. El mecanismo registral consiste en suspender la anotación del embargo y tomar en su lugar anotación preventiva de la suspensión, artículo 140.2° R.H., que caducará a los 60 días, artículo 96 de la L.H. pudiendo prorrogarse hasta 180 días o 1 año. (Artículo 205 R.H.).

Posteriormente se requerirá al ejecutado para que subsane la falta verificando la inscripción omitida y en caso de negativa el órgano judicial acordará la inscripción si se pudieran presentar los títulos de propiedad; en el caso de inexistencia de documentos habría que acudir al Expediente de Dominio regulado en los artículos 199 y 201 de la L.H. y 272 a 284 de su Reglamento.

Para cumplimentar la anotación preventiva de embargo sobre bienes comunes es necesario distinguir dos supuestos.

Si el embargo sobre el bien común se ha decretado existiendo bienes privativos del ejecutado suficientes para cubrir el principal, el Art. 144.1° del R.H. exige que en el mandamiento se haga constar que la demanda ha sido dirigida frente a ambos cónyuges. Este supuesto no será frecuente ya que rara vez el órgano ejecutor se dirigirá directamente frente a un bien común si existen bienes del ejecutado suficientes.

Más frecuente será por el contrario el caso del Art. 144.2° del R.H.; al perseguirse bienes comunes por falta o insuficiencia de privativos del ejecutado, al que corresponde no olvidemos el informar sobre la existencia de sus bienes que sean suficientes para cubrir el principal, con lo que ante una posible oposición del ejecutado o su cónyuge correspondería a ellos acreditar la existencia de bienes privativos del deudor sobre los que hacer traba y que además éstos, sean suficientes.

En este segundo caso bastaría con que en el mandamiento se señalase que el embargo ha sido notificado al cónyuge no deudor, el que podrá hacer uso de la facultad prevista en el Art. 1.373 del Código Civil y solicitar que en el embargo se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, en cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución de la Sociedad. Si la ejecución prosigue y se realiza el bien común se considera que el ejecutado tiene recibido a cuenta el valor del bien.

Si por el contrario el cónyuge ejercita el derecho del Art. 1.373 del Código Civil, la primera anotación sobre el bien común, se modificaría, produciéndose la anotación sobre la parte que ostentó el cónyuge deudor en la Sociedad Conyugal.

Un supuesto especial: El Embargo del derecho de traspaso.

Teniendo en cuenta los bienes susceptibles de embargo, en el proceso de ejecución laboral también es importante destacar el embargo del derecho de traspaso.

En su momento hubo una discusión doctrinal de la embargabilidad o no del derecho de traspaso, hay que considerar que en la actualidad el debate carece de sentido dado la doctrina jurisprudencial y la práctica judicial que admite sin dificultad el embargo de dicho derecho.

Respecto al orden prelativo que dicho embargo debe de ocupar en el Art 1.447 de la L.É.C. hay que considerar que el derecho de traspaso es un «crédito o derecho no realizable en el acto», con lo cual ocupa la penúltima posición en la lista de bienes y derechos a embargar, si bien a los efectos de la vía de apremio y en cuanto concierne a los trámites de tasación y a los de convocatoria y práctica de la subasta se habrá de considerar como un bien mueble.

El presupuesto de hecho para que se pueda decretar el embargo de este derecho es que el ejecutado sea arrendatario de un local de negocio y que dicho contrato de arrendamiento conlleve la facultad de éste de traspasar el negocio.

Decretado el embargo y, notificado éste al arrendador y el arrendatario no puede éste último renunciar al arrendamiento ya que cómo señala la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1955 la traba del embargo si no afectaba directamente al local arrendado en cuanto patrimonio de la arrendadora, sujetaba en cambio al arrendatario ocupante, impidiéndole

desvincularse del mismo sin el consentimiento del acreedor embargante. Lo contrario supondría dejar en manos en ejecutado la efectividad del embargo en claro fraude de Ley (Art. 75 de la L.P.L.)

Lo que si se permitirá al arrendador será el ejercicio de la acción de resolución del arrendamiento por las causas del Art. 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; cosa frecuente si se tiene en cuenta la solvencia de los ejecutados. No obstante, en el supuesto de falta de pago de la renta, puede el embargante consignar a nombre del arrendatario las rentas no abonadas; ya que de otra forma se haría ilusorio su derecho.

No exige la L.A.U. la notificación del embargo del derecho de traspaso al arrendador sino después de la aprobación del remate. Sin embargo, por lógica y para evitar posibles sorpresas referidas a que el arrendamiento no lo sea de local de negocio o que siéndolo, no disfrute del derecho de traspaso, es conveniente esa notificación.

El Art. 33 de la L.A.U. exige la notificación de oficio al arrendador de la mejor postura ofrecida en la subasta o en su caso, la cantidad por la que el ejecutante pretende la adjudicación; con suspensión de la aprobación del remate o de la adjudicación, para posibilitar los derechos de tanteo o de participación en el precio que reconocen los Arts 35 y 39.

No ejercitándose por el arrendador, el derecho de tanteo ha de otorgarse la escritura pública por el arrendatario o por el órgano judicial de oficio y la consiguiente notificación al arrendador, dentro de los ocho días siguiente al otorgamiento.

Respecto a la necesidad de otorgamiento de esta escritura para que el adjudicatario se convierta en verdadero propietario y entenderse consumada la tradición del local hay que considerar que antes de la actual L.P.L. esto podía ser así ya que para los bienes inmuebles se exigía también esta escritura pública en el Art. 1.514 de la L.E.C. ahora no obstante el Art. 265.2.º de la L.P.L. nos ofrece nuevos horizontes para considerar en este caso suficiente el testimonio expedido por el Secretario del auto de adjudicación y de las circunstancias necesarias en el caso de que el arrendatario se niegue a otorgar la escritura.

Se debe de entender que no podrá adquirirse el derecho de traspaso de un local de negocio en subasta judicial con facultad de ceder a tercero ya que, la subrogación obtenida en virtud de la adjudicación es algo muy personal que no puede ser objeto de cesión, para la que se exige siempre la autorización del arrendador, además hay que señalar que una de las causas por las que el arrendador no llegó a ejercitar el derecho de tanteo pudo ser precisamente confiar en el adjudicatario como arrendatario.

Respecto a la entrega del local adjudicado en subasta al rematante, el Art. 33 de la L.A.U. dispone que «la entrega del local al rematante o adjudicatario llevará consigo el lanzamiento del ejecutado»; por lo que hay que entender que

serán de aplicación de los Arts. 1.595 y s.s. de la L.E.C que regulan la ejecución de sentencias de desahucio.

Aspecto muy importante para el adjudicatario en la subasta del derecho de traspaso es la obligación de mantener en vigor los contratos de trabajo preexistentes; ya que una jurisprudencia ya tradicional ha venido a considerar que los trabajadores en *sus* derechos no tienen como sujeto pasivo a la persona titular del empresario en un momento dado, sino a la entidad empresa a la que se encuentran vinculados activa y pasivamente, la que permanece, aunque cambie, como se ha dicho la titularidad y todo ello aunque se pueda diferenciar lo que es nada más local o establecimiento mercantil y la industria u organización económica de la empresa ya que según la Ley de Arrendamientos Urbanos, el adquirente se encuentra obligado durante 1 año como mínimo a destinarlo a negocio de la misma clase (Sentencias de la Sala de lo Social de Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1966 y de 27 de febrero de 1953). Transcurrido el plazo de un año el adquirente sólo podrá despedir a los empleados con los requisitos y efectos que el E. T. señala para dichos actos extintorios de la relación laboral.

El Embargo de valores

El Art. 1.447.2º de la L.E.C. sitúa en segundo lugar en el orden prelativo, el embargo de «valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial de valores».

El antiguo sistema de venta de valores embargados que contemplaba el Art. 1.482 de la L.E.C. y que encomendaba dicha operación a los Agentes de Cambio y Bolsa y Corredores de Comercio, ha sido profundamente modificado por lo dispuesto en la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores. En dicha norma y con el fin de proteger los intereses de los inversores, se establece el principio de que la negociación bursátil y el ejercicio habitual de las restantes actividades relacionadas con los mercados de valores queda reservadas a las Sociedades y Agencias de Valores.

No obstante, para no provocar una ruptura con las prácticas tradicionales de nuestro sistema financiero, se admite que las entidades oficiales de crédito, los Bancos, las cajas de ahorro, las cooperativas de crédito y las sociedades mediadoras del mercado de dinero puedan seguir desarrollando determinadas actividades que se citan en cada caso con exclusión siempre de la negociación bursátil. Algunas de estas actividades podrán ser asimismo, ejercidas por los Corredores de Comercio Colegiados.

La Ley 24/1988 de 28 de julio da nueva redacción al Art. 1.482 de la L.E.C. al disponer que «si se hubieran embargado valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial se hará su venta a través de dicho mercado. El Juez se dirigirá al organismo rector, el cual adoptará las medidas necesarias para enajenar los valores embargados. Si lo embargado fueran otros valores se venderán a través de Notario o Corredor Colegiado de Comercio». A efectos prácticos se pueden distinguir varios supuestos:

-Si lo embargado son valores que coticen en bolsa el órgano judicial dirigirá un oficio al Presidente de la Sociedad Rectora de la Bolsa de la ciudad interesando la vuelta de dichos valores y una vez efectuada dicha operación en legal forma, se deberá remitir al Juzgado la documentación oportuna e ingresar el importe de la venta en la cuenta de consignaciones *del* órgano judicial.

- Si lo que se trabó fueron valores que no cotizan en bolsa; previamente se deberá dirigir oficio al Colegio de Notarios o Corredores de Comercio de la Provincia solicitando la designación de un colegiado para que proceda a la venta; recibido en el Juzgado dicha designación se le encargará que efectúe dicha venta, y remita la documentación oportuna e ingrese el importe en la cuenta del Juzgado. Si los valores se encuentran depositados en una Entidad Financiera (Banco, Caja de Ahorros, etc...) el órgano judicial deberá dirigir un oficio a la Entidad, Notario, Corredor de Comercio o Presidente de la Sociedad Rectora de la Bolsa los efectos embargados para que proceda a su venta.

La Administración o intervención judicial

El artículo 254.1° de la L.R.J.S. faculta a constituir una administración o intervención judicial cuando por la naturaleza de los bienes embargados esto sea preciso, en los términos del artículo 256 de dicho texto legal.

La primera diferencia con la legislación procesal civil es la mayor amplitud de los supuestos contemplados ya que mientras el Art. 630.2 de la L.E.C. obliga a constituir la Administración sólo cuando se embargan frutos o rentas, el Art. 630.1 posibilita dicha medida también en otros supuestos en los que atendida la naturaleza de los bienes dicha garantía sea precisa; con lo que los casos son mayores, posibilitando así no sólo la administración en caso de embargo de empresas sino también en cualquier caso de traba de explotaciones, fincas, granjas, etc. ... del ejecutado cuya nota común sea la productividad de dichos elementos.

En primer lugar hay que señalar que este tipo de administración es completamente distinto que la que contempla el Art. 1.505 de la L.E.C. como administración forzosa en el caso de que en segunda subasta no hubiese licitadores y el ejecutante solicita que le sean entregados los bienes en administración para aplicar sus productos al pago del principal.

La administración que contempla el Art. 254 cumple una finalidad conservativa del bien, mientras que la que recoge la L.E.C. en los Arts. 1.505 y 1.521 y s.s., persigue un fin satisfactivo de la obligación incumplida.

La administración del bien embargado constituye una garantía de la traba; garantía establecida tanto en beneficio del ejecutante como del ejecutado, ya que ambos están interesados en que el bien perdure y prosiga dando sus frutos.

El administrador por tanto no se debe limitar a custodiar el bien, ni a percibir sus frutos y rentas solamente, sino que debe realizar la actividad necesaria para asegurar que los frutos y las ventas seguirán produciéndose.

Por lo que respecta a las facultades del administrador éstas se deben de extender a lo referente el cobro de los frutos y rentas, con la finalidad primera de atender a la conservación del bien embargado y en caso de sobrante éste se aplicará el pago del principal, intereses y costas adeudados en la ejecución, con lo cual estas «cantidades» percibidas se habrán recibido a cuenta de la totalidad reclamada; entendiéndose que estos importes recibidos por el ejecutante lo son en el sentido que emplea el Art. 266.1° de la L.R.J.S. cuando señala «Las cantidades que se obtengan en favor de los ejecutantes».

El término frutos debe ser entendido en sentido amplio empleado en el Art. 355 del C. Civil y al que se hizo referencia el hablar de la prelación de bienes a embargar.

Esta posibilidad de que exista un sobrante después de la aplicación de los frutos para la conservación del bien nos indica que la administración que nos ocupa tiene una naturaleza mixta con elementos conservativos y a la vez satisfactivos.

En lo que hace referencia a la naturaleza jurídica del cargo del administrador hay que señalar que no es un representante del ejecutante ni del ejecutado, sino un auxiliar del órgano judicial del que derivan sus poderes.

La forma de designación del administrador es distinta en los dos textos procesales ya que mientras el Art. 1.450 de la L.E.C. deja en manos del ejecutante su designación, el Art. 254.2° de la L.R.J.S. prima la voluntad de las partes ya que se permite a las partes llegar a un acuerdo sobre la necesidad o no de nombramiento de Administrador, persona que deba desempeñar el cargo, exigencia o no de fianza, forma de actuación, rendición de cuentas y retribución procedente; en caso de desacuerdo será el órgano judicial el que resuelva dichos extremos.

El Administrador, al igual que el interventor puede incurrir en responsabilidad si en su actuación se producen daños, por lo que al efecto se puede exigir una fianza; estos perjuicios que se pueden ocasionar tanto al ejecutante como al ejecutado y pueden ser objeto de reclamación ante el Juzgado de lo Social ejecutor a través del cauce del Art. 75.3° sin perjuicio de la facultad del órgano judicial de imponer multas coercitivas a éste en el caso de desatención de sus obligaciones (Art. 239°).

Se pueden distinguir varias clases de administración en relación a la persona que desempeña ésta. Así puede existir un administrador nombrado por las partes o por el órgano judicial; también se puede dar un Administrador «Institucional» cuando el FOGASA o las Entidades Gestoras, éstas últimas rara vez, estén legitimadas para intervenir en el proceso. Hay que señalar que aunque el propósito del legislador es loable, la práctica nos enseña que ni el FOGASA ni el INSS designan peritos, con lo que el nombramiento de un administrador puede formar parte del mundo de la ciencia ficción.

Más factible puede ser el caso de Administración a cargo de persona o entidad idónea (Art. 251.2°) si bien la falta de pago o en el mejor de los casos la

tardanza en el cobro de parte de sus gastos y remuneraciones es un problema todavía sin resolver en la Administración de Justicia. Por último la figura del administrador autorizado administrativamente (Art. 251.3º) es un precepto todavía sin el oportuno desarrollo reglamentario.

La regulación de la rendición de cuentas es escasa en la L.R.J.S. El único precepto nos indica que el Administrador deberá rendir en cualquier caso cuenta final de su gestión; de existir otras cuentas, la forma de su realización será la pactada entre las partes o en su defecto la que acuerde el órgano judicial. A falta de pacto expreso puede ser orientativo lo dispuesto en los Arts. 1.010 y s.s. de la L.E.C. a los que nos remite el Art. 1.450 de dicha norma. De dichos preceptos se puede deducir que el administrador rendirá cuenta justificada en los plazos que el órgano judicial le señale, los cuales serán proporcionados a la importancia y condiciones del bien embargado; sin que en ningún caso puedan exceder de 1 año; al rendir la cuenta parcial consignará el saldo que resultare en la cuenta de depósitos y consignaciones del Juzgado. Con las cuentas del administrador se formará un ramo separado del procedimiento de ejecución (Art. 1.011 de la L.E.C.); las cuentas serán puestas de manifiesto en la Secretaría a la parte que en cualquier tiempo lo pidiere.

Todas las cuentas del administrador, incluso la final (que puede ser la única) serán puestas de manifiesto a las partes en la Secretaría, cuando cese en el desempeño de su cargo el Administrador por un plazo común que el Juzgado señale; pasado dicho plazo sin hacerse oposición a las cuentas, o desestimados los motivos de impugnación el Juzgado dictará auto aprobándolas y declarando exento de responsabilidad al administrador y cancelando en su caso la fianza que se pudo haber constituido; en caso contrario ya se señalaron los cauces oportunos para exigir las responsabilidades oportunas.

Si las cuentas fueran impugnadas en plazo legal se seguirá el trámite incidental previsto en el Art. 236 de la L.R.J.S. con las partes y con el Administrador; contra el auto que resuelva el incidente sólo cabrá recurso de suplicación en los casos previstos en el Art. 189.2º de la L.R.J.S.

El texto Refundido posibilita también la constitución de una intervención judicial. La diferencia con la Administración radica en que en la Intervención subsisten los órganos de administración existentes en la empresa, pero controlados y supervisados por el Interventor en cuanto a la realización de diversos actos. Algunos autores consideran que a falta de regulación o acuerdo expreso de las partes podrían ser de aplicación lo dispuesto en los Arts. 1.419 a 1.427 de la L.E.C.

Por lo que respecta al embargo de empresas hay que considerar su admisibilidad a la vista de lo expresado en el Art. 1.447.10º de la L.E.C. que posibilita el embargo de establecimientos mercantiles e industriales y la regulación del Decreto-Ley 18/1969 de 24 de octubre.

Este Decreto-Ley en los casos de embargo de empresa o de la mayoría de las acciones, permite al órgano judicial optar entre que continúe la administración existente nombrando interventor o interventores, o bien designar una

administración judicial; a la cual se atribuirán las funciones del Consejo de Administración;

Se prevé un sistema de reenajenación de bienes de la empresa, o de ésta en sí misma mediante una convocatoria del Administrador a los interventores y al Ministerio Fiscal a una comparecencia, de cuyo resultado se dará cuenta al Juzgado que adoptará la oportuna resolución sobre la venta.

Los Administradores judiciales rendirán cuenta de su gestión en los plazos que señalen las partes o el Juzgado una cuenta general cuando termine la administración y presentarán con una y otra memoria justificativa de las medidas adoptadas u operaciones realizadas, dándose traslado a los interventores y al Ministerio Fiscal, los cuales podrán impugnarlas.

Concurrencia de órganos ejecutores: El Reembargo.

La Ley de Procedimiento Laboral fue la primera norma procesal que reguló de una manera clara y sistemática el supuesto muy frecuente en la práctica de concurrencia de diversos órganos ejecutores sobre unos mismos bienes.

El art. 246 de la L.R.J.S., recoge el caso de concurrencia de embargos decretados por órganos judiciales del orden social sobre unos mismos bienes, si bien no contempla el supuesto de concurrencia entre un órgano judicial social y un juzgado civil que conozca de una ejecución singular; aunque como se verá la solución a adoptar debe ser la misma por una interpretación analógica. Dicho precepto prevé también, la concurrencia de una ejecución laboral con un procedimiento universal.

El art. 256 de la L.R.J.S. regula la institución del reembolso; no obstante se debe considerar dicho precepto en íntima conexión con el art. 246 del mismo texto.

Tanto la figura del reembolso como la concurrencia de ejecuciones son una consecuencia necesaria de la no exclusividad de la pretensión ejecutiva, siendo posible que sobre un mismo bien del deudor tengan lugar diversos procedimientos de ejecución.

Es necesario distinguir diversos supuestos:

A. Concurrencia de varias ejecuciones laborales.

El caso concreto se da cuando sobre un mismo bien del ejecutado se traban distintos embargos, por el mismo o distintos Juzgados laborales.

La solución que nos da el art 246.1º de la L.R.J.S. es que preferencia para continuar la ejecución hasta el final la tiene el órgano que con prioridad trabó dichos bienes.

El precepto parte de la premisa de que son varios Juzgados los que tramitan las ejecuciones; pero puede ocurrir que en un solo Juzgado se prosigan distintas ejecuciones; con lo que hay que entender que la preferencia es ese caso será por analogía, para el procedimiento en el que se trató primero el embargo; siendo los ejecutantes de los otros procedimientos como mucho

reembargantes si se decretó el embargo; con lo que la preferencia en el cobro de lo que se pueda obtener con la realización forzosa del bien será de dichos ejecutantes; si perjuicio de que dicha regla se pueda iterar por el ejercicio de una tercería de mejor derecho interpuesta por los ejecutantes de los otros procedimientos y claro ésta, siempre salvaguardando las reglas de una posible acumulación..

Por lo que respecta al supuesto de varios Juzgados de lo Social, el Juzgado que primero embargó puede proseguir la ejecución, con su consiguiente subasta o adjudicación de bienes.

Esta preferencia meramente temporal para seguir la vía de apremio, conlleva también una preferencia para que con lo obtenido en la realización forzosa se satisfaga con prioridad el principal, intereses y costas que se reclaman en el Juzgado que con prioridad trabó el embargo; no obstante, los créditos que se pueden ver pospuestos por esa preferencia temporal pueden hacerse valer mediante el ejercicio de la oportuna tercería de mejor derecho si se consideran que son preferentes, arts 246.2º y 273 de la L.R.J.S.

Esta regla puede verse desplazada por el funcionamiento de tres instituciones que son: la acumulación de ejecuciones, la tercería de mejor derecho y el embargo.

Por lo que respecta a la acumulación de acciones, puede ocurrir que no siempre el Juzgado que primero embargó sea el que prosiga la ejecución. Ya el propio art 246 de la L.R.J.S., se preocupa de señalar que la regla temporal entra en juego "sin perjuicio de lo establecido en esta Ley en los supuestos de acumulación de ejecuciones".

D. El embargo.

El embargo guarda íntima conexión con la problemática de la concurrencia de Juzgados ejecutores ya que en estos casos es frecuente que los dos órganos hayan decretado el embargo del mismo o de los mismos bienes.

Para Montero Aroca (2) el embargo consiste en la afección de un bien embargado ya en un proceso de ejecución, a una segunda o posteriores ejecuciones.

Prieto Castro (16) señala que existe embargo de bienes, cuando los que hayan sido objeto de embargo en un proceso de ejecución anterior se embargan por otro acreedor de otro proceso de ejecución, estando a la suerte que le quepa al bien o bienes por segunda o ulteriores veces embargados.

44

Montero Aroca (2): "Ejecución provisional de sentencias en el proceso laboral"

ED. Tirant Lo Blanch 1999, pág 152

Prieto Castro (16): "Tratado de Derecho Procesal Civil"

Ed. Aranzadi 1985

Este orden de pago sólo puede ser alterado, cuando se ha declarado preferente el crédito de la segunda o posteriores ejecuciones (Art. 1.520 de la L.E.C.).

Por otro lado es necesario examinar el problema referente a la forma en que adquiere el adjudicatario el bien que ha sido objeto de reembargo; ¿lo recibirá libre de toda carga? o por el contrario ¿lo adquirirá con el gravamen del reembargo?

A mi juicio dicho adjudicatario recibirá el bien libre de toda carga o gravamen referente al reembargo, es decir sin que esté sometido a la segunda ejecución.

Esta postura no es mantenida por Rios Salmeron, para el que el reembargo de un determinado bien supone que éste surta todos sus efectos, incluso frente a los adquirentes en la ejecución que primero decretó el embargo e incluso adquirentes en vía extrajudicial, si tal reembargo es anterior a las operaciones de enajenación y el adjudicatario no es un tercero de buena fe. Esta opinión produce un efecto perjudicial para los primeros embargantes que verán disminuidas sus expectativas de cobro de su crédito ya que la subsistencia de dicha carga del reembargo disminuirá la cantidad a ofrecer en la subasta. Y con idéntico perjuicio para ellos si la ejecución finaliza con la adjudicación del bien para ellos mismos.

Por otro lado no se debe olvidar que en el supuesto de bienes inmuebles lo que se produce es una cancelación de las cargas y gravámenes posteriores al crédito del ejecutante.

El criterio a mi juicio más acertado, es el que afirma que el reembargo es un verdadero embargo de los bienes afectados, aunque y esto es lo más importante, sometido a la condición resolutoria de que el bien no se enajene en la primera ejecución o sea adjudicado al acreedor ejecutante, por lo que de alzarse el embargo en el primer proceso los bienes se mantienen embargados en los ulteriores.

Aspecto fundamental es también la posibilidad o no de que pueda ser localizado el bien en la segunda ejecución.

Aunque la actual Ley zanja el problema, Carreras (13) consideraba que el Juzgado reembargante sólo podía pasar de la realización forzosa si el primer órgano había levantado el embargo, lo que podía ocasionar que el ejecutante pudiese paralizar con su inactividad la ejecución en perjuicio de los segundos ejecutantes, cosa ésta última difícil en el proceso laboral debido a su tramitación de oficio.

Guasp (5), consideraba que si podía realizarse el bien en el segundo embargo, pero quedando subsistentes los embargos anteriores; esta subsistencia

45

Guasp (5): "Derecho procesal civil. Parte especial. Procesos declarativos y ejecutivos"
Ed. Thomson Civitas 2006, pág 620 y ss.

Carreras (13): "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil"

anterior no puede prosperar debido a la falta de publicidad de los embargos de bienes muebles, a diferencia de los inmuebles con lo que la seguridad del registro mercantil quedaría quebrada.

En la actualidad la solución nos la ofrece el art 246 de la L.R.J.S. al posibilitar que el reembargante prosiga la ejecución incluso a la fase de realización forzosa pero quedan garantizados los derechos de los embargantes anteriores.

¿En que consistirá esta garantía? con toda probabilidad en que con lo que se obtenga en la subasta se satisfaga en primer lugar los créditos del primer embargante y sólo si tras ello hay sobrante se aplique al pago de la segunda ejecución.

No se puede entender de otra manera la garantía de los derechos de los anteriores embargantes tratándose de *bienes* muebles; esta solución es la que adoptaba la L.E.C. en su Art. 1.516 en el caso de ejecución por un segundo o tercer acreedor hipotecario, en precepto derogado por el Art. 131.8º de la Ley Hipotecaria que sustituye este sistema por el de la subsistencia de las cargas y embargos anteriores y preferentes en las ejecuciones sobre bienes inmuebles. La Ley 10/1992 de 30 de abril de Medidas urgentes de Reforma procesal ha entendido el Art.1.516 de la L.E.C.

- Efectos del *reembargo sobre los bienes inmuebles*:

Tratándose de inmuebles y publicidad registral, las soluciones cambian completamente. Si dichos bienes han sido objeto de anotación preventiva no hay problemas ya de los dos Juzgados puede realizar el bien. No obstante es necesario dos supuestos:

a) Si el primer embargante realiza el bien, con lo que se obtenga se satisfara la ejecución y *si* existe sobrante se aplicará a los ejecutantes del segundo embargo. En cualquier caso la anotación preventiva del segundo embargo será cancelada.

Así lo disponen los Arts. 1.512. 2º y 1.518 de la L.E.C. en la Redacción dada por Ley 10/1992 de 30 de abril. En idéntico sentido sentido, art 131 regla 17 de la Ley Hipotecaria la cancelación de todas las anotaciones posteriores, preceptos que son desarrollados por los Arts. 175.2º y 233 del Reglamento Hipotecario.

b) Si el segundo embargante realiza forzosamente el bien con lo que se hará el importe de esa segunda ejecución; pero en este caso la garantía de los embargantes anteriores consistirá en la subsistencia de la anotación de embargo *sin* que se destine a la extinción de dicha carga el dinero obtenido en la segunda subasta que vimos se aplica íntegramente a ella y quedando el adjudicatario del bien subrogado en la responsabilidad de dicho embargo. Arts. 133.2º y 131 regla 8º de la Ley Hipotecaria).

De lo anterior cuyo efecto principal es que con lo que se obtiene en una realización forzosa se satisface la totalidad de lo reclamado en una ejecución, quiebra de una forma completa cuando estamos en presencia de una

acumulación de *ejecuciones* ya que en estos casos la acumulación produce la consecuencia de que se debe de hablar de un único proceso de ejecución, si se entiende aplicable analógicamente lo dispuesto en el Art. 35 respecto a la acumulación de autos y recursos que obliga a discutir conjuntamente y resolver en una sola resolución todas las cuestiones planteadas.

Por tanto una vez acumulados las ejecuciones aunque se hayan decretado con anterioridad embargos distintos y en distintas fechas, ya no entrará en juego ningún tipo de prioridad temporal para cobrar lo que se obtenga tras la realización forzosa, sino que se seguirán criterios de distribución proporcional de lo que se obtenga (Arts. 268 y 269 de la L.R.J.S.)

Por último se debe hacer referencia a la institución del embargo del sobrante que decreta el órgano que prosigue una ejecución en la que ya han sido embargados los bienes del ejecutado por otro órgano judicial.

En este caso el Juzgado no traba ningún bien o derecho; es decir no reembarga con lo que no queda afectado ningún bien a esta segunda ejecución, de tal forma que levantado el originario embargo, el órgano judicial si quiere realizar el bien deberá embargarlo previamente.

La Tercería de Mejor Derecho.

El ejecutante en el proceso de ejecución tiene un derecho a ser reintegrado de su crédito con el importe que se obtenga tras la realización forzosa del bien. Esta regla general, sufre una importante excepción como se vio, cuando el órgano ejecutor estima la tercería de mejor derecho interpuesta por un tercero.

Se puede definir la tercería de mejor derecho como dice Garcia de la Serrana (34) aquélla que consiste en el ejercicio de una acción personal por un tercero con el objeto de que por el órgano ejecutor se declare la preferencia de su crédito con respecto al del ejecutante y en consecuencia su mejor derecho a ser reintegrado del importe de su crédito con antelación a éste.

El artículo 275 de la L.R.J.S. señala que la tercería habrá de fundarse «en el derecho del tercero a ser reintegrado de su crédito con preferencia al acreedor ejecutante».

Se trata del ejercicio de una acción personal, a diferencia de la tercería de dominio donde se ejercitaba una acción reivindicatoria.

Se ejercita la pretensión por un tercero, distinto del ejecutante y del ejecutado. El objeto de la reclamación es la declaración de preferencia en el cobro con lo que se obtenga en la ejecución.

La situación anterior a la antigua L.P.L era completamente distinta ya que el Art. 207 de la antigua Ley otorgaba la competencia para conocer las tercerías

46

Garcia de la Serrana (34): "Tercería de Mejor Derecho en la ejecución laboral": aspectos Procesales en "el 3º en la ejecución laboral, CGPJ 2000, págs. 200-201.

al Juez Civil que comunicaba a la Magistratura la interposición de la tercería para que suspendiese la ejecución una vez realizados los bienes.

Esta situación era absurda, sobre todo cuando lo que se discutía era la preferencia para cobrar entre diversos trabajadores ejecutantes obligándoles a acudir a una «jurisdicción extraña» y más teniendo en cuenta que era una reclamación entre trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo; con olvido de lo dispuesto en el antiguo Art. 1.1.º de la normativa anterior.

La L.RJS corrigió el desacierto y atribuyó competencia plena al orden jurisdiccional social para el conocimiento de las tercerías, recogiendo el sentir mayoritario de la doctrina procesalista y anteriores pronunciamientos jurisprudenciales que permitían a las Magistraturas declarar la preferencia para el cobro de los créditos salariales si bien por mecanismos distintos a las tercerías de mejor derecho. (Auto del Tribunal Constitucional de 18-12-85, Auto de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 11-12-86 y sentencias de la Sala IV del Tribunal Supremo de 23-3-88 y Sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 22-3-88 y 20-4-88).

- *Legitimados activamente* para promover una tercería de mejor derecho lo están los terceros; que son en un principio quienes no son ni ejecutante ni ejecutado.

La noción legal del tercero nos la da el artículo 240 LRJS, al definirlos de una forma negativa por no ser acreedores ni deudores en el título ejecutivo, ni sucesores de ambos y sean titulares de un derecho o interés legítimo y personal (crédito frente al ejecutado) afectado por la ejecución.

El tercero puede ser tanto acreedor laboral del ejecutado como no reunir dicha característica por ser acreedor civil, mercantil o hipotecario. El acreedor laboral, normalmente trabajador ejecutante, debe de ser tercero en la ejecución es decir ejecutante en otro proceso de ejecución laboral distinto al procedimiento donde se va a realizar el bien.

En el caso de que las ejecuciones estén acumuladas; las discusiones de preferencia en el cobro entre los diversos trabajadores no se ventilan mediante la tercería sino por medio del incidente de distribución de cantidades que preven los Arts. 268 al 272 de la L.R.J.S.

Los acreedores no laborales del ejecutado también deberán ejercitar la tercería ante el Juzgado de lo Social y no ante el órgano civil aspecto novedoso y trascendental.

El ejecutante no está legitimado en principio para el ejercicio de la tercería al no ser tercero si bien como se verá debe tener otros cauces dentro del proceso laboral para obtener la declaración de preferencia de su crédito.

El *plazo* para la interposición de la tercería no lo fija la L.R.J.S., pero se encuentra en el Art. 1.533 de la L.E.C. que señala que no se admitirá la tercería después de realizado el pago al acreedor ejecutante por analogía tampoco se debe de admitir después de adjudicados los bienes a éste ya que en ambos momentos carece de sentido declarar un mejor derecho al cobro.

Las *partes* en el incidente de tercería serán por un lado el tercerista y por otro lado como demandados el ejecutante y el ejecutado. El ejecutante debe ser parte ya que en caso de estimación de la pretensión verá pospuesta su expectativa de cobro de su crédito. El ejecutado estará interesado ya que podrá ver como se mejora el embargo al responder sus bienes de diversos créditos a satisfacer con ellos.

Aunque no hayan sido demandados por el tercerista podrán comparecer en el incidente otros terceros interesados como por ejemplo el FOGASA, ya que de estimarse la tercería los ejecutantes laborales en muchos casos cobrarán menos de sus créditos o a veces nada con lo cual aumentarán sus responsabilidades subsidiarias (Art. 33 del E. T.). También los ejecutantes de otras ejecuciones no acumuladas podrán comparecer ya que podrán ver disminuidas sus posibilidades de cobrar de un posible sobrante.

A su vez también estarán legitimados otros acreedores del ejecutado por ejemplo los acreedores anotados en el Registro por la misma razón descrita. Todos estas intervenciones de terceros están hoy posibilitadas por los amplios términos del artículo 240 de la L.R.J.S., lo que obliga al Juzgado de lo Social a guardar un extremado celo respecto a la notificación de todas las resoluciones que les puedan afectar. Asimismo se debe admitir la posibilidad de que estos" terceros recurran dichas resoluciones, artículo 270 de la L.O.P.J.

El tercerista debe de presentar con su demanda de tercería el *titulo* en que se funde su pretensión sin cuyo requisito no se la dará curso (Art. 1.537 de la L.E.C.). Este documento no debe ser necesariamente el que demuestre la preferencia para el cobro ya que esto es lo que se discutirá en la comparecencia por ser el fondo del asunto, sino que lo que se debe de aportar es el documento que acredite la existencia del crédito y su exigibilidad si no se aporta entiendo que no se puede archivar sin más la demanda sino que se debe de aplicar analógicamente la técnica subsanatoria del proceso declarativo y conceder; al tercerista un plazo de 4 días para que lo aporte (Art. 81 de la L.R.J.S.).

EL procedimiento a seguir una vez admitida la tercería es el incidental de la L.R.J.S. (Art. 273.1.º), es decir citación a una comparecencia verbal a las partes y a los terceros interesados, en la que podrán alegar y probar cuanto a su derecho convenga y resolución por auto (Art. 236).

Es conveniente aunque no lo indique el Texto Articulado, el abrir una pieza separada con las actuaciones de la tercería lo que facilitará la tramitación independiente de la ejecución si se recurre el auto resolutorio de la tercería.

Los *efectos* de la interposición de la tercería vienen regulados en la L.R.J.S. y en la L.E.C. y no son suspensivos de la ejecución ya que la tercería no suspende la ejecución tramitada, continuándose la misma hasta realizar forzosamente los bienes, depositándose el importe de lo que se obtenga en la cuenta del Juzgado para hacer pago a los acreedores por el orden de preferencia que determine el auto resolutorio de la tercería (Arts. 273.2º de la L.R.J.S. y 1.536 de la L.E.C.).

Otro efecto secundario de la estimación de la tercería es que el ejecutante puede pedir la mejora de los bienes embargados al disminuir la posibilidad de satisfacer su crédito (Art. 257.2º de la L.R.J.S.).

Por lo que respecta a los *recursos posibles* frente al auto resolutorio de la tercería, nos encontramos con los mismos problemas examinados al tratar la de dominio. Es claro la admisibilidad del Recurso de reposición, artículo 86 L.R.J.S, si bien la posibilidad de un posterior recurso de suplicación es escasa, ya que puede ocurrir que la sentencia no hubiese sido recurrible en suplicación, por su cuantía, artículo 191.2º de la L.R.J.S., y más si se trata de pretensiones acumuladas de diversos trabajadores, muy sustanciosas considerables conjuntamente, pero sin rebasar 3.000 euros de forma individual, con lo cual no sería posible el recurso de suplicación, artículo 191.1º de la L.R.J.S.

El pago de las *costas* del incidente de tercería se desvía de la regla general de imputación al ejecutado para ser de cargo de la parte a quien se impongan, lo que obliga a un pronunciamiento expreso del Juzgado en el auto; si no se hace este pronunciamiento cada parte pagará las causadas a su instancia, artículo. 576 de la L.E.C.)

No obstante la plausible regulación que de la tercería hace la nueva Ley, hay que señalar un grave problema que dejó sin resolver la L.P.L. y es el que deriva de contemplar la tercería como un procedimiento reservado exclusivamente para declarar el mejor derecho de un acreedor frente a otro, sin poderse enjuiciar el litigio de créditos de igual preferencia; con lo que el caso frecuente de créditos salariales de igual rango queda sin resolver y el ejecutante laboral posterior en el tiempo seguirá sin cobrar o en el mejor de los casos sólo percibirá un sobrante en la mayoría de los casos (Art. 246 de la L.P.L.); téngase en cuenta que el reparto proporcional de las cantidades entre créditos de igual rango y sin atender a preferencias en el tiempo sólo está previsto para ejecuciones acumuladas, con lo que de no darse esta acumulación, el ejecutante posterior rara vez cobrará.

La justicia material impone al juzgador soluciones basadas en la equidad que suavicen las consecuencias de una aplicación literal de las preferencias, cuando no se haya acudido al mecanismo de la acumulación preceptiva de ejecuciones.

Como se indicó con anterioridad, la tercería no debe suponer el único cauce procesal de los ejecutantes sociales para declarar la preferencia de *sus debitos* salariales o indemnizaciones. Piénsese en el caso de que no existiendo ejecución los trabajadores acudan al proceso declarativo ordinario en busca de la declaración de esa preferencia frente a otros acreedores no laborales, esto debe ser admitido y más ahora que los términos del Art. 80.1º de la L.R.J.S. ofrecen una posibilidad de admisión de acciones meramente declarativas.

Además como ya se indicó, aun existiendo ejecución laboral instada por los trabajadores, puede ocurrir que otro acreedor no laboral esté ejecutado el único

bien del ejecutado ante un órgano civil, embargado con anterioridad por dicho Juzgado de 1ª Instancia, lo que le dará una preferencia para el cobro de su crédito; en estos casos la tercería de mejor derecho ante el Juzgado choca con el requisito de ser tercero, condición que no tienen los trabajadores, pero su pretensión podía ser articulada no mediante el proceso declarativo ordinario laboral, no olvidemos que la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1988 lo califica de «extraordinaria vía», sino en el propio seno de la ejecución mediante el incidente del Art. 236 de la L.R.J.S. en el que se dan las garantías de audiencia y de prueba de los acreedores no laborales.

Hay que hacer referencia por último a ciertos *aspectos materiales* de las preferencias de los créditos que normalmente se ejecutan en los Juzgados de lo Social y que son los salarios y las indemnizaciones derivadas de la extinción del contrato de trabajo.

Vaya por delante que procuro nada más apuntar principios fundamentales, ya que nos encontramos ante uno de los temas más complejos y tortuosos del derecho y en el que concurren preceptos de diversas disciplinas jurídicas, muchas veces contradictorios entre sí.

En este sentido «Los Privilegios del crédito salarial» publicado por el Magistrado Bartolomé Ríos Salmeron (6) si bien por su fecha 1984 no recoge importantes pronunciamientos jurisprudenciales a los que haré referencia en éste y otros epígrafes.

En primer lugar es preciso distinguir según entre quienes se haya promovido la tercería:

A) Si la tercería lo es entre trabajadores, la solución es fácil ya que debido a la equiparación jurisprudencial de las preferencias crediticias de los salarios e indemnizaciones lo que primero se abonarán serán los salarios de los últimos 30 días de trabajo y con los límites del Art. 32.1º del E. T. y si después de este abono hay sobrante se satisfarán el resto de salarios e indemnizaciones de forma proporcional a sus importes. Este sobrante se aplicará de forma proporcional si las ejecuciones están acumuladas (Arts. 268 y 269 de la L.R.J.S.) ya que en caso contrario las preferencias a aplicar serán las meramente temporales, es decir cobran primero los ejecutantes de las ejecuciones que embargaron primero. (Arts. 246.1º y 268 y 269 a *sensu contrario*).

B) Si la tercería se entabló entre trabajadores y acreedores no laborales, la situación se complica enormemente ya que una justa solución requiere un extremo conocimiento de un amplio abanico normativo y jurisprudencial, no sólo de orden laboral, sino también civil, mercantil, hipotecario, tributario y en ocasiones de Derecho Marítimo.

47

Ríos Salmeron (6): "Los privilegios del crédito salarial" 1984
pág 182ss.

Los preceptos a aplicar en estos casos, suelen ser los artículos 1.921 a 1.929 del Código Civil; artículo 32 del E. T.; artículos, 375, 376 y 665 y S.S. del Código de Comercio; artículo 58 de la Ley General de la Seguridad Social, preceptos de la Ley General Tributaria, diversos Arts. de la Ley y Reglamento Hipotecario.

Por lo que respecta al Derecho Marítimo hay que citar los artículos 580 y concordantes del Código de Comercio, la Ley de Hipoteca Naval de 21 de agosto de 1983 en sus artículos 31 y 32 y el Convenio de Bruselas de 10 de abril de 1926 sobre unificación de reglas preferentes a privilegios e hipotecas marítimos que ampliando el ámbito del artículo 32.1º del E. T. antepone a todo crédito, incluido el hipotecario, todos los créditos resultantes del contrato de servicio del capitán, de la tripulación y de otras personas al servicio de a bordo. Con el actual Art. 275 de la L.R.J.S. y ante la obligación de que todo tipo de acreedor del ejecutado acuda al juzgado de lo Social a dilucidar su preferencia crediticia, puede ocurrir que nuestras antiguas Magistraturas de Trabajo se conviertan en muchos casos en organismos liquidadores de sociedades en crisis.

Se puede establecer un somero orden de prelación de créditos que sería el siguiente y sólo por lo que respecta a los créditos laborales.

1.º Cobrarán en primer lugar los ejecutantes laborales que sean titulares del denominado *superprivilegio* del Art. 32.1.º del E. T. esto es los créditos por los últimos treinta días de trabajo (terminología completamente desfasada y que lo único que ocasiona son problemas de difícil solución) y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.

Probablemente lo que el legislador quiso es que los trabajadores cobren al menos una cantidad mínima que es dicho tope, lo que podía haberlo expresado de forma más clara. Este crédito se antepone a cualquier otro ya que es preferente incluso sobre los garantizados con prenda o hipoteca.

No obstante la anterior interpretación, el texto de la norma habla claramente de «salarios de los treinta últimos días de trabajo, con lo cual pueden surgir problemas derivados de su necesaria cuantificación.

En primer lugar hay que señalar que estamos ante un *privilegio salarial general*, ya que recae sobre todos los bienes del empresario, al igual que el privilegio del Art. 32.3º del E.T. No es necesario, como por algunos se piensa que la declaración de esa preferencia haya venido establecida previamente en sentencia, ni tampoco que la sentencia o el acto de conciliación recoja que la cantidad o parte de ella corresponde a los salarios de los últimos 30 días, entre otras razones porque se puede seguir trabajando y devengando salarios.

El que el precepto habla de últimos 30 días no significa que sólo puedan ser titulares del superprivilegio los que hayan visto extinguida su relación laboral, ya que también lo pueden ser los trabajadores con contrato de trabajo vigente.

La fijación de su importe concreto, suele acarrear muchas complicaciones en los supuestos de retribución fija, que se complican extremadamente en supuestos de retribución variable y de comisión.

Es conveniente en el caso de que no aparezca de forma clara en la ejecución, la cuantía del último mes (la referencia a número de días me parece poco real en la actualidad), la citación al trámite incidental del Art. 236 de la L.R.J.S., tanto de los ejecutantes como del ejecutado y el resto de los acreedores interesados para la acreditación de su cuantía exacta.

Por la equiparación ya vista entre salarios de tramitación y salarios a secas se debe de entender que quedan comprendidos también en el superprivilegio lo que por dicho concepto haya generado el trabajador y más si el productor sólo es titular de salarios de tramitación.

A pesar de ello y como apunté más arriba el Art. 32 habla de «últimos 30 días de trabajo» con lo que una interpretación literal del precepto nos llevaría a excluir los de tramitación y también los salarios adeudados pero que no correspondan a los últimos trabajados, lo que ocurre en el caso de que se deba el mes de abril pero se haya abonado el de mayo.

Todos estos problemas derivados de una interpretación literal del precepto tienen su causa en que cuando se redactó del Art. 32.1º del E.T. se pensaba en que el fundamento del superprivilegio era el intenso papel alimenticio, que tenían los devengos salariales más recientes e inmediatos en el tiempo.

No se debe de tener en cuenta y por tanto no se considera superprivilegio la parte proporcional de las pagas extras por su vencimiento superior al mes, a no ser que se haya pactado un salario global, por ejemplo anual en cuyo caso el vencimiento de la prorrata es diario.

Muchos problemas se podrían haber evitado si el Art. 32.1º se hubiera redactado señalando que el superprivilegio correspondía a una cantidad equivalente al salario mensual del trabajador y siempre con el tope máximo del duplo del salario mínimo interprofesional.

Después de 15 años el nuevo texto refundido del E. T. ha optado por mantener la actual confusión y sólo ha considerado como digna de modificación la redacción del privilegio ordinario y no la del superprivilegio del art. 32.1º.

Una antigua línea doctrinal basada en algunas Sentencias del T.S., consideró que los salarios de tramitación en el despido improcedente no tenían naturaleza salarial, sino indemnizatoria, en base a la expresión «una *cantidad* igual a la suma de los salarios dejados de percibir» recogida en el art 56.1º b) del E.T. El actual E.T. en su nueva redacción, emplea la misma expresión, si bien hay que reconsiderar ahora su verdadera naturaleza salarial, a la luz de otros preceptos (art. 55.2º, el propio 56.1º b) y el art 57.2) que impone al empresario la obligación de mantener en alta en la Seguridad Social al trabajador, durante el período correspondiente a los salarios de tramitación.

Con el actual precepto las indemnizaciones pueden quedar fuera del Art. 32.1º y por tanto sin superprivilegio.

2.º Dejando a salvo las especialidades del Convenio de Bruselas, si los ejecutantes trabaron embargo sobre un objeto elaborado por ellos mientras sea propiedad o esté en posesión del empresario, con lo que se obtenga tras su realización forzosa tienen derecho a cobrar con preferencia sobre cualquier otro acreedor (art. 32.2.º del E. T.). Este precepto se aproxima a los efectos del superprivilegio del Art. 32.1, del E. T., aunque supera éstos en lo que respecta a la cuantía de los créditos ya que no se limita por un tope máximo su cuantía, aunque sólo se puede hacer efectivo sobre determinados bienes, por ello se denomina *privilegio especial refaccionario*.

El requisito de que el empresario ejecutado sea propietario del bien es claro. Planteando en cambio serias dudas la expresión «estén en posesión del empresario». Como se vio al tratar el embargo el requisito previo al embargo es que los bienes se encuentren dentro del señorío físico del ejecutado, es decir que tenga su posesión al menos; pero también es cierto que de no ser propiedad del ejecutado el bien podrá y deberá salir de la traba si se estima una tercería de dominio ejercitada por el auténtico propietario del bien.

Hay que señalar que puede tener lugar una ampliación, de este privilegio especial refaccionario haciéndolo extensivo también al inmueble donde desarrollan la actividad los trabajadores. Así diversas sentencias del Tribunal Supremo han señalado que la ratio legis de las garantías del salario no autorizan una interpretación puramente literal del Art. 32 del E. T. sino que el espíritu y finalidad de la protección al obrero manifestada en la realidad social a que atiende el E. T. . Así, el artículo 32.2.º del E. T. habrá de entenderse que el crédito salarial gozaba de .preferencia sobre cualquier otro. (Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1958, 16 de enero de 1968, 29 de mayo de 1970, 27 de marzo de 1971; 27 de octubre de 1983 y 18 de diciembre de 1989). Sentencias todas ellas de especial trascendencia si lo que se saca a subasta es como ocurre en muchas ocasiones el pabellón industrial de la ejecutada y que conllevará por el mecanismo de este privilegio tanto la preferencia en el cobro de los trabajadores con antelación a cualquier acreedor, incluso el hipotecario, como la cancelación de todas las hipotecas y anotaciones registrales que pesen sobre el inmueble por considerarlas no preferentes, como se verá al hablar de la cancelación de las anotaciones, sobre todo y con toda seguridad cuando la adjudicación se haga a los ejecutantes.

Ante esta situación, el acreedor hipotecario no tendrá otro camino para ver salvaguardada su hipoteca que abonar el importe de los créditos laborales y subrogarse en los derechos de los productores.

3.º Tras la satisfacción de los créditos descritos, los siguientes acreedores en el orden prelativo serán los titulares de créditos con derecho real (los más frecuentes en los Juzgados de lo Social son los hipotecarios) en los supuestos en los que éstos sean preferentes con arreglo a la Ley (art. 32.3º del E. T. a *sensu contrario*).

En primer lugar hay que señalar que la preferencia debe ser estudiada y comparada no sólo a la luz de lo que resulte de los preceptos de la Ley

Hipotecaria exclusivamente, sino de todo un conjunto normativo de preceptos reguladores de la publicidad registral y de sus efectos; además de tener en consideración otros preceptos en especial las normas tributarias.

El nuevo artº 32.3º del E. T. señala que la preferencia se debe medir con arreglo a la ley y no conforme a la Ley Hipotecaria, como señalaba la redacción originaria del E. T.

Lo que se afirma se desprende claramente de la Ley Hipotecaria, ya que de aplicar literalmente el Art. 32.3º del E. T. las únicas preferencias que la L.H. establece sobre los créditos salariales no superprivilegiados serían las de las hipotecas legales tácitas a favor del Estado, la provincia y el municipio por contribuciones y la del asegurador por las primas de los dos años o los dos últimos dividendos, artículos 194, 195 Y 196 de la L.H., lo que está muy lejos de la realidad.

Así habrá de tenerse en cuenta además de la L.H., la Ley de Hipoteca Naval, la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento y la Ley de venta a plazos de bienes muebles.

Hay que tener en cuenta que en todas estas leyes se arbitran mecanismos tendente a la protección de la seguridad del tráfico jurídico-mercantil consistentes en la creación de Registros Públicos a los que puedan tener acceso diversas anotaciones tabulares y entre ellas las referentes a los créditos y embargos de diversos acreedores que buscan, estos registros la protección de sus créditos, protección que deriva de la publicidad formal y material que proporcionan aquéllos.

El legislador del E. T. no pudo ser ajeno a esta realidad y por tanto mediante el Art. 32.3º proporciona una preferencia crediticia a estos acreedores frente a cualquier crédito de los trabajadores que no esté protegido por los Arts.32.1º y 2º del E. T. (superprivilegio) y privilegio refraccionario).

Así y en un principio serán preferentes a los créditos no comprendidos en los Arts. 32.1º y 2º del Estatuto de los. Trabajadores.

- Hipoteca legal tácita por impuestos (arts. 1.923.1º y 1.924.1º del Código Civil, 71, 73, 74 y 75 de la Ley General Tributaria; 194 de la Ley Hipotecaria y 4.1º h) de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local) a favor del Estado, Provincia, Municipio (entendiendo también las Comunidades Autónomas) para el cobro de la anualidad corriente y de la última vencida y no satisfecha de las contribuciones e impuestos que graven los bienes o derechos inscribibles en un Registro Público.

La L.G.T. amplía el privilegio del Código Civil y la L.H. al extenderlo al Municipio y la Provincia y comprender dentro de él, no sólo los tributos que graven bienes inmuebles, sino también otros bienes o derechos inscribibles, aunque siempre jugará el límite importante de que se trate de tributos que graven periódicamente los bienes o derechos y no cualquier otro impuesto.

- La hipoteca tácita de los aseguradores. Dispone el Art. 196 de la L.H. que «mientras no se devenguen las primas de los dos años o los dos últimos dividendos, en su caso, tendrá el crédito del asegurador preferencia sobre los demás créditos (Art. 1.923.2º del Código Civil).

- Los créditos hipotecarios. Se entienden incluidos en este apartado la hipoteca inmobiliaria, la anticresis y los créditos refraccionarios.

Estos créditos debidamente anotados en el Registro suelen ser preferentes a los créditos salariales del Art. 32.3º del E.T.

El conflicto que con más frecuencia se presenta en la ejecución laboral es la concurrencia de una hipoteca y una anotación preventiva de embargo de los ejecutantes laborales. En este supuesto y tratándose de créditos del Art. 32.3º del E. T. la solución será la preferencia de la hipoteca si está inscrita en el Registro con anterioridad a la anotación de los ejecutantes.

No obstante y como ya se dijo casi siempre cuando se ejecutan salarios, parte de ellos lo son superprivilegiados y siempre que se ejecute cantidad (salarios o indemnizaciones) y lo embargado sea la nave industrial el juego preferencial del Art. 32.1º Y 2º del E. T. puede ocasionar la preferencia del crédito de los ejecutantes.

- La hipoteca naval. Con la aplicación del Art. 32.1º del E.T. la solución sería clara ya que sólo se podría anteponer al crédito hipotecario los salarios de los últimos 30 días de trabajo, pero como se vio el Convenio de Bruselas, antepone al acreedor hipotecario todos los créditos resultantes del contrato de servicio del capitán, de la tripulación y de otras personas al servicio de a bordo.

- La hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento. La anotación registral en estos supuestos ocasiona que dichos créditos sean preferentes a los salarios del Art. 32.3º del E. T. si dicha anotación es anterior.

Por idénticas razones y con los mismos requisitos será preferente el crédito anotado en el Registro de Venta a plazos de bienes muebles.

- La anotación preventiva de embargo de bienes inmuebles. Además de el supuesto de concurrencia de hipoteca con crédito salarial los restantes casos que se suelen plantear en los Juzgados de lo Social son los derivados de la preferencia entre la anotación preventiva de embargo de los trabajadores y otras anotaciones preventivas practicadas por otros Juzgados o por diversos organismos administrativos (Tesorería de la Seguridad Social, Diputaciones. Ayuntamiento. etc...).

En estos casos la aplicación automática del Art. 44 de la L.H. nos llevaría a basar la preferencia crediticia en lo que disponen los Arts. 1.923.4º y 1.927.2º del Código Civil con lo que la preferencia sería siempre de la anotación practicada con anterioridad. Esto no puede ser así ya que como se observa en los Arts. 131.17º de la L.H. y 143.3º y 233 del Reglamento Hipotecario es

posible que haya inscripciones y anotaciones anteriores a la anotación de los ejecutantes que no sean preferentes, con lo cual la preferencia en el cobro no puede venir sólo determinada por la fecha de la anotación.

Negada por tanto la preferencia basada sólo exclusivamente en la prioridad temporal de la anotación, el problema se complica enormemente ya que el Art. 32.3º del E.T. otorga preferencia sólo a los créditos con «derecho real».

El decidir en estos casos si el crédito anotado preventivamente ha sido reforzado con una garantía real es del una dificultad extrema fuera de los casos de hipoteca inmobiliario, anticresis, créditos refraccionarios; pero sólo de dicha manera se podrá determinar su preferencia sobre el crédito del Art. 32.3º del E. T.

La cuestión de si la anotación de embargo en el Registro de la Propiedad, le confiere «garantía real» al crédito, no es pacífica y determina, fuera de los casos de hipoteca anterior al crédito laboral, en la mayoría de los casos la preferencia o no de los créditos de los trabajadores sobre el resto de los créditos de otros acreedores (civiles, mercantiles o institucionales) del ejecutado. Así la opinión de algunos tratadistas.

Valverde y Peña (18) se muestran contrarios a su consideración como derecho real. Para ellos la anotación no confiere naturaleza real al crédito.

Para Gullón (19), la colisión entre el crédito salarial y la anotación de embargo de cualquier crédito que no lo sea con derecho real, se resuelve siempre en favor del crédito laboral ya que según este autor "la anotación de embargo no otorga ningún derecho real al crédito que garantiza».

Rios Salmeron (2), estima procedente extender la reserva hipotecaria del art 32 del E. T. a las anotaciones de embargo.

El Tribunal Supremo en sentencia de 15 de septiembre de 1985 califica la anotación como «derecho de realización de valor, en garantía de la satisfacción del crédito», en la que concurren los caracteres de «inmediatividad y absolutividad propios de los derechos reales», aunque luego pasa a añadir que sus efectos no se asimilan totalmente a los del «típico derecho real de garantía» que es la hipoteca.

Cachon (20), señala que la jurisprudencia sostiene que el embargo no crea *ni* declara derecho alguno, *ni* altera la naturaleza de las obligaciones, ni convierte, en real, la acción que carezca de este carácter, ni prejuzga nada sobre la verdadera situación, identidad, naturaleza y eficacia de los créditos, citando en este sentido las sentencias de la Sala la del Tribunal Supremo de 20-1-54, 18-2-54,12-6-70,21-2-75 y 17-3-78.

48

Valverde y Peña (18):" Derecho Procesal Civil"en Ramos Mendez,Bosch1985

Gullón (19);" Privilegios del crédito salarial". Tecnos 2005

Rios Salmeron (2):" Curso de procedimiento laboral"Tecnos 2012

Cachon (20):" Derecho Procesal Civil"

En idéntica orientación se ha pronunciado una más reciente del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1983 (R.A. 7.013) Y la de 3 de julio de 1990 (R.A. 5.771), cuando afirma que «el crédito de la entidad bancaria no permite su inclusión en la excepción del art 32 del E. T. ya que la anotación del embargo no puede configurarse como un derecho real, al ser indudable, como ya sancionó la sentencia de 5 de julio de 1917, según fue recordada por la de 30 de diciembre de 1986 (R.A. 7.835), que la anotación de embargo practicada por mandamiento judicial tiene por finalidad principal el garantizar, con los bienes en que aquella se realiza, las responsabilidades nacidas del crédito y que han de hacerse efectivas en el procedimiento adecuado, pero en manera alguna esa anotación modifica la naturaleza jurídica del crédito, ni convierte en derecho real sobre la finca anotada, el personal que se trata de hacer efectivo en el juicio especial, puntualizándose en la sentencia de 14 de diciembre de 1968 (R.A. 5.859) que la anotación preventiva de embargo no atribuye por sí sola rango preferente al crédito objeto de la anotación respecto de los créditos, negocios y obligaciones preferentes y en la de 17 de marzo de 1978, que el embargo procesal y la anotación de su proyección registral, nada prejuzga sobre la verdadera situación, identidad y eficacia de los créditos ni altera la naturaleza de las obligaciones.

La típica nota del derecho real de garantía, que es la acción directa sobre el bien, para hacerse pago del crédito, no concurre en la anotación de embargo de un crédito, ya que se debe cumplir el orden prelativo de embargo del art 1.447 de la L.E.C. que sitúa, no lo olvidemos, al bien inmueble en séptimo lugar.

Los problemas prácticos no se resuelven calificando como «real» la anotación de embargo ya que casi siempre ambos créditos (el laboral y el o los otros que concurren) estarán anotados en el Registro, con lo que se corre el peligro de interpretar precipitadamente, que la preferencia la tendrá el crédito anotado con anterioridad (art. 1.927.2° del Código Civil) y no el crédito nacido con anterioridad, es decir, el más antiguo, con independencia de la fecha en que se llevó al Registro su anotación de embargo (art. 1.923.4° del Código Civil). El Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de febrero de 1980 (R.A. 534), señala que la contradicción entre ambos preceptos debía ser resuelta en favor de la preferencia temporal del crédito y no de la anotación.

Si consideramos que la mera anotación de embargo en el Registro no confiere garantía real a los créditos, hay que concluir que a la vista de los taxativos términos del art 32.3° del E. T., el crédito laboral siempre será preferente.

Tras los acreedores con "derecho real" la preferencia será para el resto de los créditos salariales, es decir los que no se hayan podido cubrir por no pertenecer a los últimos 30 días de trabajo, ni haberse hecho efectivos sobre bienes «elaborados» por los trabajadores.

Estos créditos se conocen con el nombre de privilegio general ordinario. Es general ya que se extiende sobre todo el patrimonio embargable del ejecutado, es decir sobre cualquier bien, no como en el caso del Art. 32.2° del E. T. La denominación que le da el E. T. al designarlo como «singularmente

privilegiado» es errónea e induce a confusión ya que la preferencia no es sobre un determinado bien, ni tampoco es una prelación o anteposición sobre cualquier crédito ya que como se ha dicho se anteponen a estos salarios ordinarios los créditos con derecho real.

Hay que señalar también que las prestaciones de Seguridad Social que deben satisfacer las empresas que sean declaradas responsables de ellas y las que deben de abonar por su colaboración en la gestión (fundamentalmente el subsidio de incapacidad temporal) y las Mutuas Patronales en régimen de liquidación tendrán el carácter de créditos privilegiados, gozando de las preferencias del Art. 32 del E. T.

Aunque lo dicho anteriormente respecto a todas las preferencias del art 32 del E. T., parecía en un principio sólo aplicable a los salarios y prestaciones de Seguridad Social descritos hay que apuntar que la jurisprudencia ha hecho extensivo los privilegios del Art. 32 del E. T. también a las indemnizaciones.

Así en diversas sentencias se ha venido a considerar que el privilegio del art 32 del E. T. no sólo abarca a los créditos salariales, sino también, indemnizaciones por extinción de contrato y que la preferencia de dicho crédito actúa excepcionando el principio «par conditio creditorum» (Sentencia de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1983 y autos de 24 de enero, 12 de junio y 19 de octubre ; sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio y 19 de diciembre de 1987, 27 de julio de 1988, así como la de 26 de febrero de 1990. *Los argumentos vertidos en esta última sentencia para la equiparación crediticia son de dos tipos: el primero se basa en el artículo 33.4º del E.T. y apoyándose en este precepto concluye que para el reembolso por el Fondo de Garantía Salarial de las cantidades satisfechas (salarios e indemnizaciones), en la oportuna subrogación frente al empresario, el FOGASA conserva el carácter privilegiado de ambos créditos, ofreciendo la mención al carácter privilegiado de los créditos un valor que “rebasa lo meramente interpretativo, para alcanzar un valor normativo”.*

El segundo fundamento trata de esquivar el problema de la exclusión del concepto de salario que tan tajantemente hace el art 26 del E.T., para ello la sentencia afirma que dicho precepto sólo recoge una acepción estricta del salario, a los efectos de una fijación estructural salarial, por lo que cabe admitir una acepción más amplia de dicho término, que permita incluir las indemnizaciones a modo de salario diferido.

El tema no es pacífico y la Sala 1º del Tribunal Supremo, mantiene un criterio contrario (Sentencias de 25 de enero de 1991 y 11 de mayo de 1992). La Sentencia de 12 de marzo de 1993 ha concluido que el concepto de salario del art 32.5º del E.T., no parece otro que el que define el art 26.1º del E.T... Por último razona que el art 33 del E.T. extiende el concepto de salario a los salarios de tramitación, pero excluye las indemnizaciones, aunque el FOGASA asuma el pago de éstas con determinados límites.

El artículo 32.3º del dispone que los créditos por salarios no protegidos en los apartados anteriores-crédito super-privilegiado y crédito refaccionario-, tendrán

la consideración de singularmente privilegiados en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del S.M.I. por el número de días de salario pendientes de pago, gozando de preferencia sobre cualquier otro crédito, excepto los créditos con derecho real, en los supuestos en que éstos, con arreglo a la Ley, sean preferentes.

La misma consideración tendrán las indemnizaciones por despido en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo.

La voluntad del legislador parece que era limitar la cuantía del privilegio ordinario, aunque una atenta lectura del precepto nos lleva a una conclusión contraria. Además no se limita como el crédito superprivilegiado a un mes ni a tres meses siquiera, ya que el precepto permite multiplicar dicho triple por el número de días de salario pendiente.

Por lo que respecto a las indemnizaciones, el salario que sirve de módulo para su cálculo tiene el mismo tope anterior (triple del salario mínimo interprofesional) al que hay que añadir otro límite que se acumula al anterior que es la cuantía mínima legal de la indemnización, a mi juicio la de 33 días de salario por año de servicio, con un tope de 24 mensualidades.

Un último problema interpretativo plantea el actual art 32.3º y es que el precepto habla de indemnizaciones por despido, con lo que en un sentido literal quedarían excluidas las indemnizaciones por la extinción del art 50 del Estatuto de los Trabajadores y la extinción del art 52.

Entiendo que lo anterior es una conclusión absurda dada la similitud de las indemnizaciones, su abono conjunto por el FOGASA y la misma causa de su devengo en el despido colectivo del art 51 y la extinción del contrato por la causa objetiva del art 52.c) del Estatuto de los Trabajadores.

Asimismo las preferencias del Art. 32 se deben de aplicar también a lo salarios de tramitación ya que no se debe de olvidar que son abonados por Fondo en caso de insolvencia (Art. 33.1º del E. T.) y que el propio Art 33.4º, los cataloga de créditos privilegiados.

Aunque estos problemas preferenciales se han examinado con respecto a la prelación para el cobro de lo obtenido en una subasta, no hay que olvidar que el tema volverá a surgir, incluso con mayor intensidad a la hora de declarar las oportunas cancelaciones de las anotaciones y cargas del inmueble subastado y también con la LRJS. en el momento de la valoración del bien.

Sobre la discusión de la colisión de dos anotaciones preventivas de embargo (la de los trabajadores por salarios del Art. 32.3º y la de otro acreedor), el Consejo de Estado en su reciente dictamen de 23 de enero de 1992, destaca, el carácter especial que el E. T. ha querido dar a los salarios del Art. 32.3 al denominarlos «singularmente privilegiados» lo que provocaba que fuesen preferentes a los créditos tributarios (no protegidos por la L.H.) y a los créditos por cuotas a la Seguridad Social lo que es muy indicativo a la hora de analizar el alcance de la protección de una anotación preventiva de embargo por salarios no superprivilegiados frente a otros acreedores civiles o mercantiles y aunque sean éstas anteriores a la practicada por los trabajadores.

La venta de bienes embargados:

La correcta realización forzosa de los bienes embargados requiere en la mayoría de los casos la intervención de terceras personas en la realización de tareas instrumentales y previas a la venta de los bienes.

Las más frecuentes operaciones preliminares son la del depósito y peritación de los bienes pero ello no impide que otras operaciones sean necesarias, a veces por la naturaleza de los bienes o derechos embargados, como se vio al tratar de la Administración y de la Intervención, o debido a la exigencia de una mayor eficacia en la ejecución que obligue a tareas de transporte y publicidad de la venta de lo embargado.

Esto último expresamente contemplado por el Art. 253.3 de la L.R.J.S. Esta colaboración de terceras personas o entidades, tanto públicas como privadas en operaciones instrumentales del embargo y posterior realización de los bienes viene contemplada con gran amplitud en el artículo 253 de la L.R.J.S.

En efecto, en dicho precepto se hace referencia a funciones de depósito, conservación, publicidad de la venta e incluso la propia venta de los bienes, artículo 263.1º a), esta última operación puede ser confiada a una Entidad autorizada administrativamente como se verá en su momento.

Se puede adelantar que confiar estas operaciones a terceras personas o entidades no es más que el reflejo de los mandatos impuestos, uno de ellos en nuestra Constitución (Art. 118) y otro el Art. 17.1. de la L.O.P.J., a toda persona o entidad obligada a prestar la colaboración requerida por los órganos Judiciales en el proceso de ejecución, sin perjuicio del resarcimiento de los gastos y de las remuneraciones debidas que procedan conforme a la Ley.

A. Operaciones previas a la venta.

Aunque pueden existir otros actos instrumentales ya señalados, es preciso hacer referencia concreta a las operaciones más frecuentes y que son el depósito y la peritación.

A) *El depósito.*

Es una garantía de la traba de los bienes y por tanto ha de recaer sobre aquellos bienes o derechos que por su naturaleza, por la posibilidad de ser hechos desaparecer, necesitan de la aprehensión física para que conste frente a terceros su afección a una ejecución. El depósito judicial, que es el que a nosotros nos interesa puede ser definido como la tenencia de bienes muebles o semovientes afectados a una ejecución, por persona distinta del ejecutante, para guardarlos y retenerlos a disposición del órgano judicial, hasta que éste ordene su entrega a otra persona.

El Art. 1.758 del Código Civil dispone que se constituye depósito desde que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y de restituirla, pudiendo constituirse judicialmente (Art. 1.759) en cuyo caso se denomina depósito judicial o secuestro que tiene lugar cuando se decreta el embargo o el aseguramiento de bienes litigiosos (Art. 1.785).

La regulación legal del depósito aparece en los Arts. 1.409.2° y 1454.2° de la L.E.C. y en los Arts. 1.758, 1.759, 1.766, 1.779 Y 1.785 a 1.789 del Código Civil.

Hay que señalar que la normativa de la L.E.C. aparece en clara contradicción con la contemplada en la L.P.L. lo que no plantea problemas ya que la L.E.C. es sólo de aplicación supletoria.

El Art. 1.789 del Código Civil establece la aplicación subsidiaria de la L.E.C. al depósito judicial, lo que provoca una situación difícil y que fuera de los Arts. 1.409 y 1.454 ya no se vuelve a hablar del depósito Judicial.

Probablemente el precepto quiere referirse a la normativa que del depósito nos ofrecen los Arts. 1.173 a 1.192 de la L.E. C. cuando se regula las diligencias consiguientes a la declaración del concurso, los Arts. 1.419 a 1.428 referentes al aseguramiento de bienes litigiosos y los Arts. 2.119 a 2.130 reguladores del depósito y reconocimiento de efectos mercantiles.

Se pueden distinguir en principio tres clases de depósitos:

a) Depósito *institucional*: Calificado así por el carácter público del depositante.

Se aplica cuando lo embargado son efectos públicos (Art. 1.409.2° L.E.C.). También se preve este depósito público cuando se trata de alhajas ya que los Arts. 968 y 1.175.1.° de la L.E.C. equiparan las alhajas y los efectos públicos a efectos del depósito institucional en el juicio de abintestato y en el concurso de acreedores.

Este depósito consiste en la consignación de lo embargado en el establecimiento destinado al efecto (Caja General de Depósitos del Ministerio Hacienda y sus delegaciones si lo hubiere en la ciudad) y si no existiera se depositarán como si de muebles se tratara, sin perjuicio de trasladarlos dentro de un breve plazo.

Entiendo que incluir en el depósito institucional el dinero embargado, es de recibo en la actualidad al ser obligatorio su consignación en la cuenta de depósitos y consignaciones del B.B. de cada Juzgado.

b) Si lo embargado son créditos del ejecutado frente a terceros y sueldos y pensiones, no estamos ante un depósito propiamente hablando sino ante la garantía consistente en el arrestatorium u orden de retención y puesta a disposición del Juzgado de la suma a abonar por ese tercero, entrega que se hará de una vez o en sucesivas entregas si se trata del embargo de sueldos o pensiones a los que haya que aplicar la tabla de retenciones del art 1451 de la L.E.C (Art 1410 de la L.E.C.).

C) Depósito personal: Estamos ante el supuesto más frecuente y es lo que conocemos como depósito. Se aplica cuando lo embargado son bienes muebles

o semovientes aunque dada la naturaleza de estos últimos sería necesario continuar el depósito con algún acto de administración para poder conservarlos.

Las obligaciones fundamentales del depositario son la guarda y custodia del bien, así como su conservación y posterior devolución a la persona o entidad que indique el órgano ejecutor (arts 1766 del Cód Civil y 1509 de la L.E.C.).

Por lo que respecta a la designación del depositario la regulación de la L.E.C. y de la L.R.J.S., es dispar, ya que mientras el art 1.454.2º de la L.E.C. prevé que el nombramiento lo efectúe el ejecutante y en su defecto el órgano judicial, el art 257 de la L.R.J.S. deja esta designación a la voluntad de las partes.

Tras efectuar el embargo nadie quiere figurar como depositario dadas las advertencias civiles y penales en caso de que se quebrante el depósito.

El ejecutante, bastante tiene con cobrar su crédito para encima imponerle otras obligaciones, y el ejecutado si llega a aparecer en el momento de la diligencia de embargo, cosa por otro lado poco frecuente, no se le puede imponer el ser depositario, sin perjuicio de que en algunos casos esto sea peligroso por la posibilidad de que desaparezcan los bienes. En algunos casos incluso es conveniente por la magnitud e importancia de lo embargado, que los bienes sigan permaneciendo en la empresa para posibilitar la continuidad de la explotación.

Si ni el ejecutante y el ejecutado quieren ser depositarios, ni se ponen de acuerdo sobre el nombramiento de un tercero nos encontramos ante un dilema de difícil solución en parte paliado por el Art. 257 de la L.R.J.S.

Este nuevo precepto al encargar el depósito a diversas entidades públicas y privadas ha querido solucionar los tradicionales carencias observados tanto en el depósito como en la peritación de los bienes, intentando hacer efectivo diversos principios que tratan de evitar que el ejecutante, como ocurre en el proceso civil, en cumplimiento de diversas cargas procesales que a él se le imponen como consecuencia de la normal inactividad del ejecutado, deba adelantar diversos gastos para cobrar su crédito (honorarios de depositario, perito, etc. ...) que chocan frontalmente con la situación económica del trabajador y con las exigencias de una justicia laboral gratuita, artículo 25 de la L.R.J.S.) y con el tradicional sentido compensador de desigualdades subyacentes en la relación de trabajo, que siempre ha tenido el proceso laboral.

Todos estos deseos, se quedarán reducidos a meras declaraciones de intenciones si el artículo 257 no se desarrolla en la práctica, cosa que no ha ocurrido en la actuación de los Juzgados al día de hoy.

El artículo 257 establece tres nuevas clases de depósitos:

- Depósito a cargo del Fondo de Garantía Salarial y de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social y Servicios Comunes.

Estos organismos públicos están obligados a asumir el depósito de los bienes cuando estén «legitimados para intervenir en el proceso... La remisión que se hace a la intervención en el proceso obliga a distinguir dos supuestos:

Respecto del FOGASA la posible intervención en el proceso se regula en el Art. 23 respecto a la fase declarativa y en los Arts. 274 Y 275 para la fase de ejecución. Una interpretación amplia del Art. 23 Y 251.1º nos podría llevar a la conclusión de la obligación del Fondo de asumir el depósito siempre que estemos ante una ejecución dineraria seguida frente a un ejecutado que no sea un, organismo público, ya que en todos estos casos cabría una responsabilidad subsidiaria del Fondo en el pago de los salarios o indemnizaciones, que no olvidemos son el 99% de las ejecuciones dinerarias frente a empresarios privados.

Por otro lado entiendo que en el caso de que el Fondo se subroge en los créditos abonados por él (Art. 24) deberá ser dicho organismo con el que obligatoriamente se haga cargo del depósito.

La situación de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social (básicamente el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social) es completamente diferente. Su intervención como ejecutante en una ejecución es casi un supuesto de ciencia ficción. Ninguna norma de la actual L.P.L. nos señala cuando una Entidad Gestora está legitimada para intervenir en el proceso, limitándose el Art. 140 a señalar que lo puede hacer cuando tengan interés.

El artículo Art. 123 de la L.R.J.S. se entiende que existe interés cuando se debatía en el pleito materia confiada a su gestión.

Entiendo que no basta con lo anterior, sino que los supuestos de depósito a cargo de la Entidad Gestora será aquel en el que exista una posible responsabilidad subsidiaria del INSS, como ocurre cuando se prosigue una ejecución frente a una empresa declarada responsable de una prestación o subsidio de Seguridad Social por haber incumplido sus obligaciones de afiliación o cotización, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria de la Entidad Gestora.

Es de destacar que el Art. 251.1º impone este depósito sin necesidad de motivación, exigiendo sólo un requerimiento judicial.

Las amplias expectativas que ofrecía este depósito se han visto defraudadas ya que el propio precepto establece que de dicha obligación podrán liberarse con autorización judicial, si justifican la imposibilidad de cumplirla o su desproporcionada gravosidad, argumento empleado en todas las ocasiones en que se les ha exigido el depósito, alegando la falta de dotación presupuestaria.

- Depósito a cargo de *persona o entidad idónea*. En su afán generalizador y de escasa utilidad para los Juzgados se puede imponer el depósito a quien por su actividad y medios pueda hacerse cargo del depósito. Quizás se piense en propietarios de naves o almacenes.

A diferencia del supuesto anterior, para decretar este depósito el órgano judicial deberá motivarlo. Se preocupa el legislador de que el nombrado no se asuste cuando piense que no va a cobrar estos servicios, y señala que procederá el resarcimiento de gastos y abono de las remuneraciones conforme a la Ley (Art. 1.779 del C. Civil) pero no señala el procedimiento ni el órgano que va a pagar esos servicios, aunque el órgano judicial podría hacer uso del Art. 268.2° de la L.R.J.S. y anticipar al pago del principal los gastos ocasionados por dicho depósito, solución dicho sea de paso poco protectora de los créditos de los ejecutantes y poco acorde con la gratuidad del proceso laboral (Art. 25 de la L.R.J.S.) ya que es el ejecutante el que en realidad paga al depositario.

Por último hay que señalar que pensar que estos profesionales van a cobrar del importe de lo que se obtenga de costas es algo más que un ejercicio de esperanza dado la cantidad que se suele obtener en las subastas judiciales.

Depósito a cargo de entidades autorizadas administrativamente. Mientras no se haga uso por el Gobierno de la autorización establecida en la Disposición Adicional 3ª de la L.R.J.S. nos encontraremos con una nueva declaración de propósitos..

Es necesario señalar que mientras no se afronte con seriedad el problema de los depositarios y en mucha mayor medida el de los peritos adscribiendo con carácter permanente a los Juzgados estos profesionales con carácter de personal auxiliar, las medidas anteriores no serán mas que y perdónese la expresión, marear la perdiz, sin que se consiga no ya la obligada gratuidad de la justicia sino la debida celeridad del procedimiento.

Además la conjunción de los Arts. 253 y 257 de la L.R.J.S. pueden provocar difíciles problemas de interpretación que volverán a surgir cuando hablemos de la peritación.

Si la actuación del depositario causa unos daños se podrá exigir una responsabilidad civil en el propio proceso de ejecución (Arts. 75.3° de la L.R.J.S. y 1.766 del Código Civil), además la negativa injustificada de los depositarios de el Art. 251 a cumplir sus funciones puede ocasionar la imposición de multas coercitivas (Art. 239) si bien no se podrán aplicar ni al Fondo ni a las Entidades Gestoras según lo dispuesto en el Art. 285.2°c).

El quebrantamiento del depósito puede tener además unas consecuencias penales, al venir tipificado en los Arts. 394 y s.s. del Código Penal el delito de malversación de caudales públicos que el Art. 399 hace extensivo a los depositarios de caudales embargados.

Se distingue dentro de los posibles efectos penales dos supuestos según el depositario sea el ejecutado o no lo sea.

Si el ejecutado enajena el bien embargado sin ser depositario comete un delito de alzamiento de bienes, pero la enajenación es válida aunque el adquirente reciba el bien con el embargo, recuérdese el carácter de derecho real de naturaleza procesal del embargo.

En cambio si el ejecutado dispone del bien después de ser nombrado depositario el delito cometido es el de malversación de caudales públicos con

la posibilidad de recuperar el bien y restituirlo a la ejecución al no ser válida la enajenación.

b) Peritación de los bienes.

La peritación de lo embargado forma parte, al igual que el depósito, de la necesaria y obligatoria colaboración instrumental de terceras personas o entidades en la realización forzosa de los bienes.

En la búsqueda de evitar que como consecuencia de un cumplimiento de cargas procesales ante la inactividad del ejecutado, deba el trabajador anticipar el pago de diversos honorarios el Art. 259 anuncia la intervención de unos peritos permanentes junto a una especie de peritaciones "institucionales" en el Art. 251, si bien como se verá se adolece de las mismas deficiencias y carencias que se observaron al tratar el depósito.

En primer lugar y lo mismo que en el depósito, se parte de una diferente regulación en la L.E.C. y en la L.R.J.S. Así como los Arts. 1.483 y s.s. de la L.E.C. se basan en un nombramiento por las partes de un perito y en su caso otro por el órgano judicial que dirima la posible discordia entre los propuestos, los Arts. 259 y 251 de la L.R.J.S. parten de la existencia de un perito permanente de la Administración de Justicia, que dicho sea de paso no existe, combinado con otro perito institucional, que tampoco existe, y sólo después de ello se da la posibilidad a las partes y a los terceros para que puedan nombrar a otro perito a su instancia.

La mezcla y multiplicidad de peritos puede parecer compleja a primera vista pero la experiencia nos demuestra que los problemas no suelen venir por exceso sino por defecto de peritos.

Para la mayoría de la doctrina, cuando el Art. 259.1º de la L.R.J.S. se refiere a "perito que preste servicio en la Administración de Justicia" lo que se designa, es a un perito permanentemente adscrito a los órganos judiciales y que ya fue contemplado en el Art. 508 de la L.O.P.J., pudiendo este profesional trabajar como funcionario o como contratado laboral del Ministerio de Justicia.

Hoy por hoy estos peritos no existen, aunque me consta que en el ámbito del Tribunal Superior de Justicia de algunas Comunidades existen unos pocos peritos pero sólo para supuestos extraordinarios que en el caso del País Vasco y en los Juzgados de lo Social es como si no existiesen.

Tampoco y por las razones de déficit presupuestario, señaladas al hablar del depósito existen peritos de las Entidades Públicas del Art. 251 de la L.R.J.S.

Para Manrique Tejada el perito que señala el Art. 261.1º de la L.R.J.S. no es nada más que un profesional, no funcionario; que normalmente realiza valoraciones en los Juzgados y que suele ser nombrado a instancia de las partes, con lo que a mi juicio la nueva L.R.J.S deberá ser interpretada en el sentido de que el Juzgado de lo Social, no las partes como antes, nombre a ese perito dándole una especie de barniz de imparcialidad al ser nombrado de oficio.

Además la L.R.J.S. prevé que lo anterior no sea posible, añadido que así ocurre en la mayoría de las veces ya que el perito no estará dispuesto a peritar al no asegurarsele que va a cobrar sus honorarios, negativa que claramente es ilegal, atentatoria a su colaboración (Art. 17.1º de la L.O.P.J.) pero que es de entender si se parte de la premisa que nadie debe trabajar sin una contraprestación retributiva y abono de los gastos.

Nuevamente y lo mismo que en el depósito no se ha querido hacer frente al problema, olvidando que los peritos son tan necesarios en los Juzgados como los médicos forenses por poner un ejemplo y lo único que se consigue con la redacción del Art. 261.1º es poner en una tesitura al órgano ejecutor al obligarle a nombrar a un perito que está obligado a prestar ese servicio pudiendo tener su negativa unas consecuencias pecuniarias (apremios coercitivos, Art. 241.3º) o incluso penales, sin olvidar que además casi siempre no podrá cobrar de las costas por no haber sobrante, con lo que el despropósito legal no puede ser mayor si encima en su trabajo se han provocado unos gastos.

Por otro lado el precepto parte a mi juicio de una premisa errónea al prever que no se pueda valorar el bien por ese perito ya que como se ha dicho o se trata de un perito funcionario que por definición debe prestar su servicio, o si se trata de un tercero el mandato constitucional es claro en su obligatoriedad.

No obstante para el caso de que esto ocurra, que como dije será siempre, el Juzgado puede requerir los servicios de un perito de los previstos en el Art. 253, con lo que al final del camino estaremos en el mismo punto, es decir sin perito.

Para el caso de que el primer perito haya querido valorar los bienes, el Art. 261 acertadamente posibilita que su informe pueda ser contrastado por los peritos institucionales del Art. 253, solución ideal tratándose de peritaciones complejas o en los que se observa por el órgano ejecutor lo defectuoso o irregular de la primera valoración que no se podrá realizar en la práctica al no existir estos últimos peritos.

La conclusión a la que podemos llegar es que ante la falta de estos dos peritos, será de aplicación el sistema regulado en los Arts. 1.483 y s.s. de la L.E.C. que en parte reproduce el Art. 256.2º del Texto Articulado.

La dinámica normal es que se requerirá al ejecutante, lo que plantea dudas al deber de impulsarse la ejecución de oficio, para que designe perito, al que en la práctica adelantará sus honorarios, el nombramiento de dicho profesional se dará traslado al ejecutado para que puedan designar otro a su instancia en el plazo de los dos días siguientes.

Es de resaltar que los Arts. 1.484 de la L.E.C. y 261.2º de la L.R.J.S. incurren en muchos defectos; el primero es que tanto al ejecutado como a los terceros lo que les importa no es el nombre del perito sino la valoración que ha hecho con lo que el traslado de la designación de poco sirve y lo que ocasionará será una pérdida de tiempo, en segundo lugar la L.R.J.S. habla sólo de «terceros con derechos sobre los bienes», estos terceros interesados en la valoración pueden ser tanto ejecutantes posteriores no acumulados a los primeros, con el

FOGASA y por último todos los acreedores registrales del ejecutado, no solo los posteriores a los que hace referencia el Art. 1.490 de la L.E.C., ya que como se verá las anotaciones anteriores de acreedores incluso hipotecarias se pueden ver postpuestas y canceladas por el juego de las preferencias crediticias del Art. 32 del E.T., todos ellos están interesados en que la valoración no se haga por debajo del valor real del bien lo que disminuiría sus posibilidades de ver satisfechos sus créditos o de ver mantenidas sus anotaciones. La nueva redacción del Art. 1.490, incompresiblemente sigue hablando nada más de anotaciones posteriores.

Si estos terceros muestran su conformidad con el nombramiento del perito, o dejan transcurrir el plazo de 2 días sin designar otro profesional se les tendrá por conformes, se debe de entender tanto con la designación, aunque es más dudoso que lo sea con la valoración

No obstante hay que entender que en última instancia cabrá una posterior impugnación de la valoración en base al Art. 15.1º de la L.RJS si existe una justa causa, lo que deberá aparecer de una forma clara para desvirtuar su presunta conformidad con la valoración por el transcurso del plazo preclusivo de dos días.

Importante es la previsión del Art. 1.485 de la L.E.C. y de la que se hace poco uso en la práctica, consistente en que si el ejecutado se encuentra en ignorado paradero, sin necesidad de que haya sido declarado en rebeldía (Art. 185.1º de la L.R.J.S) se puede practicar la valoración por el perito que nombró el ejecutante, a no ser que tratándose de inmuebles o alhajas de importancia el Juzgado si lo estima conveniente acuerde el nombramiento de otro perito que practique con el del ejecutante el avalúo.

En caso de discordia derivada del nombramiento de varios peritos, procederá la designación de perito dirimente (Art. 1.486 de la L.E.C.) si bien las reglas de la insaculación de peritos del Art. 616 de la L.E.C. no serán aplicables (Art. 93.1º de la L.R.J.S.), con lo que en la práctica lo que se hará será librar un oficio al Colegio de Peritos o de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, con descripción de los bienes embargados para que por estos se señalen la lista de colegiados y el Juzgado proceda a la designación de uno de ellos.

Si alguno de los acreedores registrales ya señalados nombra un perito, el art. 1.491 de la L.E.C. establecía que en ese caso se le notificaría también la evidencia en que se fije el día para el remate, previsión anacrónica e insuficiente ya que aunque no designe perito, este acreedor al igual que cualquier otro tercero con derecho o interés legítimo puede y debe intervenir en la subasta, lo que dado los términos del Art. 240 de la L.R.J.S obligará al Juzgado, ya o no nombrado perito a comunicar a estos terceros todas las resoluciones que se dicten en la ejecución y que puedan afectarles directa o indirectamente.

El Art. 1.486 de la L.E.C., al igual que el 1.487 preven la posibilidad de recusación de los peritos, si bien los Arts. 619 y 624 de la norma procesal civil deben ser adaptados a las exigencias procedimentales de la comparecencia incidental verbal del Art. 238 de la L.R.J.S.

De la actuación del perito se puede derivar una responsabilidad si se producen daños y perjuicios, exigibles en la propia ejecución (Art. 75.3º), pudiéndosele

imponer en caso de negativa a desempeñar su función injustificadamente una multa coercitiva (Art. 241 LRJS).

La peritación de bienes inmuebles es especial por dos motivos; en primer lugar por venir encomendada entre otros profesionales titulados a los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria por el Real Decreto 1.613/1981 de 19 de junio y en segundo lugar porque el Art. 260 obliga al Secretario con la colaboración del Agente a practicar la valoración deduciendo del valor real el importe de las cargas y gravámenes preferentes al crédito laboral. Me ocuparé de la redacción y contenido de este desafortunado precepto al hablar de la venta de los bienes inmuebles.

Aspecto interesante es la necesidad o no de titulación de los peritos, sobre todo en el supuesto en que lo trabado hayan sido bienes muebles. Entiendo que en la mayoría de los casos y tratándose de maquinaria industrial embargada y de útiles sin dificultad técnica bastará que la peritación se efectúe por personas entendidas o prácticas, aún cuando no tengan título.

Por último es preciso apuntar que no hay necesidad de peritación cuando lo embargado sea:

- Un bien que los interesados hayan fijado en el título ejecutivo, o incluso en *otro* documento fehaciente la cantidad que en su caso debería servir para la subasta (Art. 1.483 de la L.E.C.)
- Un bien o derecho cuyo valor sea notorio no siendo preciso su valoración pericial (Art. 610 L.E.C.).
- Dinero.
- Valores. Su mecanismo de embargo y realización ya fueron comentados al tratar la prelación de bienes a embargar.
- Créditos del ejecutante.
- Frutos y rentas. En estos casos la Administración que se constituya cumple a veces una función satisfactoria que hace innecesaria la realización forzosa.

- Sueldos y pensiones.

B. Supuesto especial de venta de bienes inmuebles

La complejidad procesal y la lentitud que toda enajenación forzosa en vía judicial conlleva, se ve ampliada cuando la realización forzosa recae sobre un bien inmueble.

Las notas especiales que diferencian el apremio sobre los inmuebles derivan de su normal inscripción en el Registro de la Propiedad y de la también frecuente cancelación de diversas anotaciones y cargas tras la realización forzosa de la finca.

Diferenciando las etapas por orden cronológico se pueden señalar como notas diferenciadoras a realizar en toda ejecución sobre un bien inmueble:

I. De la certificación de cargas y gravámenes que remite el Registro después de la anotación de embargo. (Art. 255 de la L.R.J.S) se puede desprender la existencia de acreedores registrales anotados con anterioridad al embargo laboral, así como acreedores posteriores a dicha anotación ya que no olvidemos, que en la actualidad la certificación no puede ser estática y limitada al momento de la anotación del embargo social sino dinámica y continuada ya que el Art. 255.2° del Texto Articulado obliga al Registrador a comunicar al Juzgado la existencia de ulteriores asientos. El actual Art. 1.453.2° de la L.E.C. copiando la redacción de la L.P.L. ha impuesto igual obligación.

Todos estos acreedores, no sólo los posteriores como erróneamente preveía el Art. 1.490 de la L.E.C. pueden intervenir en el avalúo y subasta del bien, por lo que el Juzgado les deberá notificar la existencia de la ejecución y té del embargo para que en el plazo de dos días puedan designar otro perito si así lo desean con la prevención de que si no lo hiciesen se les tendrá por conformes con la peritación hecha normalmente por el perito designado por los ejecutantes (Art. 261.2° de la L.R.J.S). El nuevo Art. 1.490 de la L.E.C. encomienda dicha notificación al Registrador, pero sólo respecto a los acreedores posteriores.

2. Si no se hizo en la anotación preventiva de embargo es necesario abrir el (trámite incidental del Art. 238 de la L.RJS para que se cuantifiquen la naturaleza y cuantía de los salarios o indemnizaciones que se ejecutan. Este trámite es necesario cuando lo que se quiera ejecutar sean salarios superprivilegiados, del Art. 32.1° del E. T. ya que si se trata de salarios singularmente privilegiados (Art. 32.3° E.T.) o indemnizaciones su cuantía ya vendrá especificada en el título de ejecución.

La actual redacción del art 32.3° dada por el nuevo texto refundido, al limitar cuantitativamente el alcance del privilegio ordinario parece que obliga también a ese trámite, ya que la cuantía reconocida en la sentencia o acto de reconciliación puede exceder de los topes del art 32.3°

Si se desea que se desplieguen los extraordinarios efectos que el Art. 32.1° del E. T. producen sobre cualquier otro crédito es necesario que se identifiquen y cuantifiquen esos salarios de los últimos 30 días que casi nunca vendrán desglosados y especificados ni en la sentencia ni en el acto de conciliación que se limitarán a recoger una suma global de salarios o a lo mucho esa misma diferenciada por conceptos.

A estos efectos es preciso traer a colación lo ya dicho anteriormente respecto a la defectuosa y restrictiva redacción del Art. 32. del E.T. que ocasionará muchos problemas para la cuantificación de la que hablamos, dificultades que se podrían haber eliminado limitándose el legislador a reconocer una preferencia absoluta sobre cualquier otro crédito a una suma equivalente a un mes de salario.

Las partes en este incidente serán necesariamente el ejecutante y el ejecutado así como los acreedores registrales a los que afectará directamente la declaración y cuantificación de los salarios superprivilegiados, también deberán intervenir otros terceros como posibles afectados como el FOGASA y otros

ejecutantes laborales posteriores cuyas ejecuciones no hayan sido acumuladas. (Arts. 236 y 238 de la L.R.J.S).

3. Una vez cuantificados los salarios o indemnizaciones, en el caso de que dichos créditos excedan de los topes de los arts. 31.1º y 2º del Estatuto de los Trabajadores, será preciso dictar una resolución cuantificándolos y acordando la anotación en el Registro de la Propiedad, de dicha cuantificación y naturaleza de dichos créditos.

En la práctica forense se ha consagrado la fórmula siguiente: ... “que los presentes autos de ejecución se siguen por (salarios o indemnizaciones) en la cuantía de ... euros de las cuales... euros corresponden a salarios de los últimos 30 días de trabajo (si los hay) y que dichos créditos gozan de la preferencia crediticia que a ellos otorga el Art. 32 del Estatuto de los Trabajadores”.

La finalidad de dicha anotación es poner en conocimiento de los acreedores que pueden ver canceladas sus anotaciones la existencia y cuantía de los créditos laborales de una forma fehaciente.

Este requisito registral ha sido exigido en algunas sentencias, entre otras, del Tribunal Central de Trabajo de 22 de marzo de 1988 y la del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1988, al señalar que el establecimiento y efecto de los privilegios de los créditos salariales e indemnizatorios precisan de la identificación de su naturaleza y cuantía en el Registro.

El fundamento de este trámite reside en la posible futura cancelación de diversas anotaciones de otros acreedores, que con los efectos derivados de la publicidad material en el Registro de la anterior anotación, no podrán oponer el desconocimiento del embargo social por créditos preferentes. Además conociendo la cuantía del superprivilegio o a veces del privilegio ordinario se les posibilita que antes de la subasta puedan abonarlo y así cancelar dicho privilegio, manteniendo así anotaciones y subrogándose en los créditos de los trabajadores.

4. Una novedad especial en el apremio de los inmuebles es la valoración, de la finca. La LRJS ha querido dar a la peritación una tramitación similar al de la legislación hipotecaria.

El art 262 del texto procesal laboral parte de la existencia de dos valoraciones sucesivas, la primera efectuada por el perito y que se debe tratar de una peritación del valor íntegro del bien, o si se quiere del valor de la finca sin tener en cuenta las cargas y gravámenes a las que se encuentra sujeta, es la peritación que la L.R.J.S llama “valor real de los bienes”, la segunda valoración la practica el Secretario y que resulta después de hacer el descuento del importe de dichas cargas para así obtener el “justiprecio”.

El fundamento de dicha rebaja en la valoración es que no salgan a subasta fincas valoradas muy por encima de su auténtico valor, exigiéndose en la subasta unas cantidades muy superiores por quienes que en realidad se encuentran menospreciados por los importes de dichas cargas.

De no producirse esta rebaja, el adjudicatario pagaría el importe de dichas cargas dos veces, primero como precio de adjudicación y después al acreedor que le reclamase el importe de dicho crédito ya que las cargas preferentes subsisten y el adjudicatario se subroga en la responsabilidad en el pago de las mismas.

Por otro lado, el adelantar el descuento de las cargas subsistentes al momento de la valoración y no hacerlo en el momento del pago del precio, como hacia el Art. 1.511 de la L.E.C. es provocar situaciones de inseguridad ya que en el momento de la valoración no se sabe lo que va a ocurrir en la subasta y a quién se va a adjudicar el bien lo que determina según el Tribunal Supremo el que se cancelen o no diversas cargas.

Además puede ocurrir que después de la valoración, el acreedor hipotecario pague el importe del crédito superprivilegiado y así extinguirlo para asegurar la no cancelación de su hipoteca, con lo que la valoración inicial que pudo tener en cuenta que la hipoteca se cancelaría y así no descontarla del avalúo, quedará ahora desfasada.

Incluso considerando que la cancelación de todas las cargas debe operar siempre con independencia de quien sea el adjudicatario, en el caso de que se ejecuten salarios entre los que se comprenden los del Art. 32.1. del E. T. la valoración del Art. 262 de la L.R.J.S puede ser arriesgada al ignorarse si tras la subasta se va a obtener dinero suficiente para cubrir los créditos superprivilegiados o singularmente privilegiados.

A la vista de lo anterior, la única manera de poder llevar a la práctica el Art. 262 de la L.R.J.S será realizar un estudio comparativo de la naturaleza de los créditos anotados, con independencia del posible resultado de la subasta, lo que será siempre difícil.

Pocas generalizaciones se pueden hacer al respecto, si bien se puede adelantar que si las ejecuciones se siguen por salarios, casi siempre habrá una parte de estos que correspondan a los últimos 30 días de trabajo, sobre todo si se ha cesado en la prestación de servicios, con lo que dada la preferencia absoluta de éstos sobre cualquier otro crédito ninguna carga se deberá descontar de la valoración.

A la misma solución se llegará si lo que se embargo fue la nave industrial, donde los ejecutantes desarrollan su trabajo dada la preferencia total que entre otras establecen las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1983 y 18 de diciembre de 1989.

Si se ejecutan salarios ordinarios del Art. 32.3. del E. T. o indemnizaciones, el problema se complica enormemente, si bien los términos del Art. 32.3 del E. T. obligarán a descontar las hipotecas y demás créditos anotados con derecho real en los casos en que éstos sean preferentes.

Las consecuencias de esta rebaja en la valoración es que los inmuebles pueden salir a pública subasta con una ínfima valoración si bien en realidad es la que corresponde a su auténtico valor, o incluso puede ocurrir que no deban salir subasta si el importe de las cargas que deban subsistir es superior a la valoración del bien.

El procedimiento para tratar esta valoración puede ser el que el Secretario practique una liquidación análoga a la de costas o intereses, dicha liquidación se plasmará o en una diligencia de ordenación o una propuesta de providencia que será trasladada a las partes y a los acreedores registrales para que puedan impugnarla en el plazo de uno o tres días según se trate de diligencia o de providencia (Arts. 51, 62 Y 184 de la L.R.J.S); en caso de impugnación resolverá el Magistrado por providencia o por auto respectivamente.

5. Puede ocurrir que sea necesario otro trámite que consiste en efectuar unas diligencias previas para la obtención de los títulos de propiedad de las fincas.

El Art. 1.489.2º de la L.E.C. ordena que antes de proceder al avalúo de los bienes se deba requerir al deudor para que en el plazo de 6 días (en lo laboral se debía reducir por lo menos a la mitad del plazo) presente en la Secretaria los títulos de propiedad de la finca. Una vez presentados, cosa que nunca ocurre, dicho se de paso y ello por la tradicional actitud pasiva cuando no obstruccionista del ejecutado, se debe formar con los títulos un ramo separado comunicando dicha circunstancia al ejecutante para que manifieste si los encuentra suficientes o proponga la subsanación de las faltas que en ellos estimase. (Art. 1.492 de la L.E.C.).

La normal negativa del ejecutado a presentar dichos títulos puede ocasionar que el Juzgado empiece los apremios que estime conducentes para obligarle a que los presente, entiendo que son los apremio pecuniarios del Art. 239 de la L.R.J.S (Art. 1.493 de la L.E.C.) o incluso y esto es más fructífero que se remita por el Registro de la Propiedad certificación de la titularidad de la finca y de sus cargas y gravámenes.

Si los títulos son documentos públicos, se puede acordar que se remita testimonio de la escritura ya que del documento público que normalmente accederá al Registro tiene que existir matriz en alguna Notaría o dependencia administrativa.

Cuando estas diligencias no den resultado o no existan títulos, el Art. 1.493 de la L.E.C. nos reconduce a los mecanismos del Título VI de la Ley Hipotecaria, al que luego me referiré.

Todo este anterior sistema de obtención de los títulos ha quedado un poco desfasado y además no encaja bien dentro de un dinámico proceso de ejecución laboral y digo esto por la sencilla razón que el Art. 255 de la L.R.J.S contempla una certificación lo suficientemente amplia para suplir los títulos de propiedad del ejecutado.

El Registrador debe remitir una certificación que recoja no solo que ha cumplimentado la anotación del embargo, así como la lista de cargas sino que también y esto es lo importante, debe certificar la «titularidad de los bienes» que entiendo puede suplir los mencionados títulos. En idéntico sentido el Art. 1.489.1º de la L.E.C. en su nueva redacción exige mandamiento para que el Registro certifique la titularidad del dominio.

Es de resaltar que el Art. 131 regla 4º de la L.H. exige que la certificación del Registro contenga una inserción literal de la última inscripción de dominio o de posesión en su caso que se haya practicado y se halle vigente. Estimo que idéntica fórmula puede ser de aplicación para la ejecución laboral.

Es de comentar que con la ley anterior, las Magistraturas de Trabajo (hoy Juzgados de lo Social), con muy buen criterio a mi juicio sacaban a subasta los bienes con la sola certificación registral, eso sí debiendo estar actualizada al día de la subasta.

No obstante, los medios señalados en el Art. 1.493 de la L.E.C., serán de utilidad si la finca no aparece inscrita en el registro, en estos casos es de aplicación los mecanismos previstos en el Título VI de la L.H. para conseguir la concordancia entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral.

Este título arbitra los cauces que son la primera inscripción de las fincas que no estén inscritas a favor de persona alguna mediante el expediente de dominio (Arts. 199 y 201 de la L.H.) o la inmatriculación de fincas en virtud de títulos públicos (Arts. 205 y 207 de la L.H. y 298 del R.H.).

La finalidad de estos procedimientos de obtención de títulos para la subasta es la consecución de la Seguridad jurídica que proporciona la inscripción en el Registro de la Propiedad, así como evitar enajenaciones de fincas que no sean propiedad del ejecutado, amparando bajo la protección de la fe pública registral al adquirente en subasta.

Sea cual sea el título de propiedad de la finca que sirva para la subasta, el Art. 1.496 de la L.E.C. señala que después del remate no se admitirá al adjudicatario ninguna reclamación por insuficiencia o defectos de los títulos.

En el caso de que no se supla previamente la falta de títulos, a instancia del ejecutante puede sacarse el inmueble a subasta, expresándose en los edictos dicha circunstancia (Art. 1.497 de la L.E.C.) y con la condición de que el adjudicatario verifique la inscripción omitida antes o después del auto de adjudicación y en el plazo de que sea suficiente y que fije el Juzgado, los gastos y costas que se causen por resistencia del propietario a hacer la inscripción serán de cuenta del mismo.

6. Los edictos de subasta también son diferentes en el caso de apremio sobre inmuebles ya que el Art. 1.496 de la L.E.C. dispone que en los edictos se expresarán que los títulos de propiedad (o las certificaciones) de los bienes estarán de manifiesto en la Secretaria para que puedan ser examinados por los que quieran tomar parte en la subasta, advirtiendo que los licitadores deberán conformarse con ellos y que no tendrán derecho a exigir ningunos otros.

Además los edictos deberán indicar según lo dispuesto en el Art. 131 regla 8ª de la L.H. que las cargas y gravámenes anteriores y las preferentes si los hubiere al crédito del actor continuarán subsistentes, entendiéndose que el rematante los acepta y queda subrogado en la responsabilidad de los mismos, sin destinarse a su extinción el precio del remate, al ser dicha previsión de aplicación a toda venta de bienes inmuebles (Art. 133 de la L.H.).

No obstante, no es muy acertada la expresión «cargas y gravámenes anteriores y las preferentes» al corresponder a una perspectiva exclusivamente hipotecaria basada en la preferencia temporal que parece concluir que se mantendrán todas las anotaciones anteriores a la del ejecutante, cuando como hemos visto es posible la cancelación de anotaciones anteriores a la de los trabajadores por no ser preferentes a los créditos laborales. El actual Art. 1.512 de la L.E.C. incurre en la misma imprecisión.

A este respecto el propio Art. 175.2º del R.H. preveía en su anterior redacción la cancelación de inscripciones y anotaciones de créditos o derechos no preferentes al del actor y el Art. 233 del R.H. la de las anotaciones posteriores y las anteriores pospuestas al crédito del ejecutante. Por tanto es mejor que en el edicto se señala que sólo continuarán subsistentes las cargas y gravámenes preferentes al crédito del ejecutante.

Por otro lado las condiciones del edicto son importantes ya que según lo señalado en el Art. 131 regla 33 de la L.H. en el acto de la subasta se hará instar que el rematante acepta las obligaciones consignadas en la regla 8ª y si no las acepta, no le será admitida la proposición, tampoco se admitirá la postura por escrito que no contenga la aceptación expresa de las condiciones.

7. En este punto llegamos al asunto más tortuoso y complejo de toda la subasta y que es la posible cancelación de diversas cargas, y ello es debido a que se toca de lleno toda la teoría de la prelación y preferencia de créditos.

En primer lugar hay que señalar que la cancelación de las anotaciones se suele decretar en el auto de adjudicación, aunque si el asunto es dudoso puede ser conveniente que la adjudicación si es urgente figure en resolución independiente a la que acuerde la cancelación si ésta procede y así conseguir por lo menos la firmeza del auto de adjudicación, aunque se recurra la resolución que acuerde o deniegue la cancelación de las cargas.

En cualquier caso es conveniente esperar a la firmeza de la resolución judicial que acuerde la cancelación de las anotaciones, para librar después el oportuno mandamiento de cancelación al Registro. (Art. 206.2º del R.H.). Incomprendiblemente, los nuevos arts. 1.512 y 1.518 de la L.E.C. (en redacción dada por la Ley de Medidas Urgentes de Reforma procesal) olvidan que la cancelación de las anotaciones e inscripciones no puede venir determinada por la fecha de acceso al Registro, sino por el rango preferencial material del crédito o derecho anotado.

Si la redacción de estos preceptos puede encajar en caso de concurrencia de hipotecas de igual rango, los inconvenientes y perjuicios que de esta redacción se le pueden ocasionar a un acreedor preferente son de gran importancia.

El art 1.512 de la L.E.C. para dar a entender que toda anotación o inscripción anterior a la de los ejecutantes laborales continuará subsistente. Nada más lejos de la realidad, con la redacción del art 32 del E. T., que debe ocasionar que sólo se mantenga la hipoteca o prenda anterior o incluso ni siquiera estas inscripciones si lo que se ejecutan son créditos de los arts. 32.1º y 2º del E.T.

A su vez el art 1.518 de la L.E.C. pretende ordenar la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, sólo por el hecho de ser posteriores. Si el que subasta es el Juzgado de lo Social en base a créditos laborales se puede llegar a esa conclusión, dado el alcance preferencial del art 32 del E. T., pero la purga automática de todas las cargas posteriores no es admisible si el que subasta es el Juzgado Civil que tramita una ejecución singular o un procedimiento concursal y cancela la anotación de embargo de los créditos de los trabajadores ya que aunque su anotación es posterior, sus créditos son preferentes casi siempre.

En idéntico sentido el art 233 del Reglamento Hipotecario, acuerda la cancelación de las inscripciones y anotaciones tanto posteriores como anteriores, pero y el calificativo es trascendental, que sean pospuestas (hay que entender por no ser preferentes) a la anotación del ejecutante.

El Decreto 1368/92, de 13 de noviembre, incurre en una clara contradicción; por un lado parece inclinarse en la regla segunda del art 175 del Reglamento Hipotecario por la cancelación de todas las anotaciones e inscripciones *posteriores*, dando a entender, aunque no lo dice, que las anteriores deben subsistir, en cambio en la nueva redacción del artículo 143 se parece indicar que no necesariamente en todos los casos se produce esa cancelación de cargas posteriores ya que limita la obligación del Registrados de comunicar a los titulares de asientos posteriores el estado de la ejecución inscrita con anterioridad (art. 1.490 de la L.E.C.) sólo en el caso de que «por el remate o adjudicación se cancele la anotación de embargo», con lo que parece concluir que en otros casos puede que no se produzca esta automática cancelación.

De la misma forma, el nuevo arto 143 del Reglamento Hipotecario parece contemplar la hipótesis de cancelación de un asiento anterior al de la anotación del crédito que se ejecuta, cuando concretando la obligación del Registrados de comunicar al Juzgado que ejecuta, la existencia de ulteriores asientos que pudieran afectar al embargo acordado, (arts. 1.453 de la L.E.C. y 255.2.º de la L.R.J.S.), señala que estos asientos son «los que produzcan la cancelación de la anotación o dismi nuyan el derecho embargado».

Respecto a la forma y requisitos de la cancelación de las inscripciones y anotaciones es de resaltar diversos aspectos a la luz de lo dispuesto en los Arts. 131 regla 173 de la L.H. y Arts. 175.2º, 227 Y 233 del R.H. :

- Las inscripciones y anotaciones que se deban cancelar son las posteriores a la anotación de los ejecutantes y los anteriores que correspondan a créditos no preferentes a los laborales. Erroneamente el nuevo Art. 1.518 de la L.E.C. ordena la cancelación sólo de las anotaciones posteriores, olvidando, incomprensiblemente que gravámenes anteriores pero no preferentes también pueden ser cancelados.

- Én el mandamiento de cancelación de las anotaciones o inscripciones se debe de hacer constar que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o

inferior al importe total del crédito de los ejecutantes y en el caso de haberlo superado, que se consiguió el exceso en la cuenta de consignaciones del Juzgado, a disposición de los acreedores posteriores (Art. 1.818 de la L.E.C. en redacción dada por Ley 10/1992 de 30 de abril).

- Para lograr la cancelación de las anotaciones preventivas no preferentes, cuando éstas hubieren sido ordenadas por Juzgado distinto del Juzgado ejecutor, bastará que éste haga constar en el mandamiento que exhortó a aquél comunicándole que el importe de la venta no bastó para cubrir el crédito del ejecutante o que el sobrante, si lo hubo, se consignó a disposición de los acreedores posteriores.

- Se considerarán preferentes, las cargas o gravámenes simultáneos del mismo rango que el crédito de los ejecutantes (Art. 227 del R.H.).

- Las cancelaciones deben hacer referencia al número o letra, folio y tomo del Registro donde consten, sin que sea suficiente ordenar que se cancelen todos los posteriores a la anotación de los ejecutantes.

Hay que señalar que el problema de concurrencia de distintos acreedores con créditos anotados en el Registro, sobre la finca embargada ofrecía distinta solución en el Art. 1.516 de la L.E.C. que establecía que en el caso de pública subasta de la finca se depositaba el importe de lo obtenido a disposición de los acreedores preferentes y se cancelaban las cargas y gravámenes que afectaban la finca (Art. 1.518 de la L.E.C.), era el denominado principio de cancelación de cargas. La Ley 10/1992 de 30 de abril deroga el antiguo Art. 1.516 de la L.E.C. y modifica completamente el Art. 1.518 ajustándolo a los preceptos hipotecarios.

Este anterior sistema no es de aplicación en la actualidad por imperativo de los arts 31 regla 8ª y 133 de la LEC., que han derogado lo dispuesto en los preceptos citados. Por el principio de subsistencia y subrogación en las cargas, todo el producto obtenido en la subasta se destina a pagar al acreedor ejecutante el importe de su crédito, intereses y costas, quedando subsistente las inscripciones y anotaciones preferentes, de los que responde por subrogación el adjudicatario. (Art. 1.512 de la L.E.C. en su nueva redacción).

Por lo que respecta a la cancelación de las cargas, creo conveniente resaltar por su interés varios pronunciamientos judiciales:

- El establecimiento y efectos de los privilegios de los créditos salariales (y los de las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo) precisan de la identificación de su naturaleza y cuantía en el Registro.

- Es competente el Juzgado de lo Social para ordenar el Registrador en el procedimiento de ejecución de sentencia, la cancelación de todas las cargas, anteriores o posteriores, a la anotación originada en la ejecución laboral, si el mandamiento ha venido precedido de las necesarias cautelas y garantías a

favor de los acreedores anteriores (auto de la antigua Audiencia Territorial de Barcelona de 10 de noviembre de 1988, autos del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1985 y de la Sala de Conflictos de competencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1986 y sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1988).

Puede parecer a primera vista que lo señalado es algo obvio, pues bien esto no es así y la prueba de ello es las resoluciones judiciales que resuelven la polémica suscitada ante la negativa de los Registradores a cancelar las anotaciones acordadas por los Juzgados de lo Social.

En este punto cito las palabras de Rios Salmeron al respecto: «no sobra advertir que la rigurosa aplicación del principio de calificación registral, cuando de títulos y mandamientos judiciales se trata, es algo totalmente sobrepasado por la Constitución que confiere singular eficacia a las resoluciones judiciales; como lo es la parafernalia que subsigue a una nota registral opuesta a la cancelación, recurrible en alzada ante un funcionario judicial, más luego, otra alzada ante la Dirección General de los Registros, más finalmente, la invitación que a las partes involucradas se hace, para que acudan a los Tribunales y discutan entre sí acerca de la validez o nulidad de los mismos títulos que en instancia administrativa o gubernativa fueron rechazadas.

Más grave me parecería que los trabajadores, ante una nota del Registrador, confirmada en las alzadas, que niega la cancelación de una hipoteca no preferente, hubieran de acudir ante un Juez Civil para discutir la validez del mandamiento del Juez Social».

- La actuación del superprivilegio del Art. 32.1º del E. T. puede ser obtenido por los trabajadores titulares de los créditos protegidos en el propio procedimiento de ejecución, cuando al embargase un bien se entre en concurrencia con crédito hipotecario, en el propio procedimiento de ejecución se produce la posposición de éste y el trabajador amparado por aquél ha de cobrar antes que el acreedor con garantía real, lo que supone, para que la prelación sea efectiva, que la venta del bien afectado a ambos créditos, deba llevarse a efecto libre de cargas, pues de subsistir las anteriores dicho privilegio resultaría inoperante (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1988).

- El privilegio del Art. 32.1 del E. T. sólo es actuable cuando la adjudicación del bien se hace a los ejecutantes, no a un tercero. (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 diciembre 1988).

Esta sentencia denegó la petición de cancelación de todas las cargas que había efectuado un licitador que resultó adjudicatario de la finca.

- La anterior limitación se puede ver desdibujada si como en algún pronunciamiento judicial y por un sector doctrinal se sostiene que la cancelación de todas las cargas por imperativo del Art. 32.1º del E. T. debe proceder tanto la adjudicación se efectúe a favor de los trabajadores como a favor de cualquier tercero.

Este razonamiento fue ya recogido en una sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que por su interés reproduzco parcialmente: « ... El adjudicatario tercero ha de verse beneficiado por el efecto de la condición de créditos singularmente privilegiados que los ejecutantes manifestaron ostentar con el fin de que se aplicara el Art. 32.1 del E. T. y ese beneficio ha de ser la cancelación de los gravámenes del bien adjudicado con la finalidad de que su subsistencia no perjudique la efectividad del derecho reconocido a los trabajadores por el Art. 32 del E. T., alcanzando ello tanto a los propios trabajadores en el caso de que se adjudiquen el bien, como a terceros que no han de verse retraídos a la hora de participar en la subasta y pujar, lo que redundaría en favor de la satisfacción del crédito» (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior del País Vasco de 3 de octubre de 1990).

Como se ve el pronunciamiento desdice claramente la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1988 si bien es cierto que la subsistencia de la hipoteca, sobre todo cuando su importe es superior al valor de la finca adjudicada, impedirá que ningún tercero licitador quiera adjudicarse el bien por un precio suficiente para cubrir el crédito de los ejecutantes, ni siquiera por el importe del superprivilegio, con lo que los ejecutantes no podrán ver satisfechos sus créditos, argumento empleado en la sentencia. Este razonamiento no obstante puede también en parte ser desvirtuado afirmando que en tal caso a los ejecutantes siempre les quedaría el remedio de adjudicarse el bien y como titulares del superprivilegio pedir la cancelación de todas las cargas.

Además el peligro de esta teoría recogida en la sentencia es que con la tradicional minusvaloración de los bienes en la subasta que permite adjudicaciones a terceros por ínfimos valores, aunque ahora se exija en tercera subasta por lo menos un 25% del precio del avalúo, el tercero adjudicatario se apropie de la finca pagando un precio muy bajo por ella, precio que en modo alguno cubrirá el importe de los créditos de los trabajadores y además ver canceladas todas las cargas que en el caso de las hipotecas suelen ser de mucho valor.

Esto último sólo se impedirá si los ejecutantes prestan «atención a la subasta» y resalto el entrecomillado, y pujan con el importe de sus créditos mejorando por elevación la postura de los subasteros o adjudicándose el bien con sus créditos.

En cualquier caso la aplicación del Art. 32.1. del E.T. tanto se haga la adjudicación a terceros como a los trabajadores puede llevar a resultados sorprendentes.

No debe extrañar no obstante la conclusión anterior, ya que si se lee detenidamente los Arts. 131.17ª de la L.H. y los Arts. 175.2º y 233 del R.H., dichos preceptos imponen la cancelación de las inscripciones y anotaciones no preferentes con independencia del resultado de la subasta, el importe de los créditos o el valor de lo adjudicado, por lo que parece que se impone nuevamente un estudio comparado y abstracto de la naturaleza de los créditos con independencia del importe de lo adjudicado o la valoración del bien, lo que

puede dar lugar a situaciones paradójicas cuando la adjudicación se hace a favor de los ejecutantes, como se señalará más adelante.

Ante el extraordinario alcance del Art. 32.1° del E. T., que casi siempre estará presente en la ejecución laboral si ésta se prosigue por salarios ya que una parte de los mismos corresponderá a los últimos 30 días de trabajo, así como la jurisprudencia que hace extensivo el privilegio del Art. 32.1° y 2° del E. T. en los casos en que lo embargado sea la nave industrial donde los trabajadores desempeñan su trabajo, el consejo que se debe dar a los acreedores sobre todo los hipotecarios confiados en su preferencia es que antes de la subasta abonen en el Juzgado el importe del crédito superprivilegiado y así extinguirlo con lo que mantendrán la anotación registral de su crédito.

En el caso de que lo subastado sea la nave industrial el evitar la cancelación mediante el pago de los salarios puede ser más costoso ya que en este caso recordemos que el Art. 32.2° declara preferentes a los salarios frente a cualquier otro crédito y sin la limitación cuantitativa del Art. 32.1.° con lo que se deberán abonar el importe de todos los salarios o indemnizaciones al extenderse el superprivilegio sobre todos ellos.

Si el acreedor registral paga el crédito superprivilegiado para evitar la cancelación de su anotación quedará subrogado en el importe abonado frente al ejecutado si bien el alcance de la subrogación es limitado al impedir a dicho acreedor ejercitar las preferencias propias del crédito salarial. Así lo entendió la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1989 que impidió a un Banco que abonó el superprivilegio, conseguir la cancelación de todas las cargas alegando la subrogación en las preferencias del Art. 32.1° del E.T. La sentencia añadió: «Tanto el Art. 1.212 del Código Civil al disponer que por efecto de la subrogación, el crédito se transfiere con los derechos a él anexos, como el Art. 1.528 al decir que la venta o cesión de un crédito comprende la totalidad de los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio, han sido interpretados por la doctrina en el sentido de que la transmisión de los privilegios unidos al crédito sólo se produce respecto a aquellos que nacen o se derivan de la naturaleza o causa del crédito, no de los que sean de naturaleza personal, por ello, la subrogación en que se apoya el Banco recurrente no hubiera producido la transmisión del derecho de preferencia o privilegio de los Arts. 32.1° Y 3° del E. T. dado su carácter estrictamente personal».

El carácter personal significa que la titularidad de las preferencias es exclusiva de los trabajadores.

Hacia referencia anteriormente a supuestos en los que se deban situaciones paradójicas derivadas de la cancelación de cargas, en el caso que la realización del bien consista en la adjudicación de éste a los ejecutantes.

Pese a los categóricos términos de las sentencias señaladas que imponen sin más la cancelación de todas las cargas y gravámenes cuando la adjudicación se hace a los ejecutantes, pues de subsistir éstas el privilegio resultaría inoperante, criterios de justicia material y de equidad imponen a mi juicio que la cancelación total de las cargas sólo sea necesaria cuando la satisfacción de los salarios sólo se pueda lograr con dicha cancelación, por ejemplo cuando se

adjudica un bien que vale 10 millones de euros y los créditos preferentes alcanzan dicha suma o son superiores, con lo que la cancelación de todas las cargas cualquiera que sea su importe debe operar ya que en caso contrario con la adjudicación del bien los trabajadores no verían satisfechos sus créditos.

En el caso de que el valor del bien adjudicado supere el importe de los créditos preferentes la cancelación automática de todas las cargas sin tener en cuenta su cuantía puede llevar a enriquecimientos injustos, con lo que se impone tratos diferentes según el importe de las cargas que no sean preferentes.

Con el valor de adjudicación del bien se puede hacer frente a las cargas y además ver satisfechos los créditos ejecutados las anotaciones no se cancelarán o sólo se cancelarán en la cuantía necesaria para ver pagados sus créditos.

Es necesario distinguir si:

1. El importe de los créditos laborales preferentes es superior a la valoración del bien. En este caso sea cual sea el importe de las cargas se deberán cancelar ya que en caso contrario la adjudicación del bien no lleva consigo la satisfacción del crédito.

2. El importe de los créditos laborales es inferior a la valoración del bien adjudicado. En este caso hay que distinguir dos supuestos:

- Si los créditos laborales preferentes son superiores a las cargas: Está claro que se deberán cancelar todas las cargas con independencia de su cuantía por la razón arriba ejecutada.

- Los créditos laborales preferentes son inferiores a las cargas: En este caso las cargas no se cancelarán o sólo se extinguirán en la cuantía necesaria para que el valor del bien una vez reducido con el importe de la carga que deba subsistir sea el suficiente para considerar satisfecho el crédito con la adjudicación de la finca.

La valoración del bien superior a la carga.

Valoración del bien: 100; Importe de la carga: 80; Créditos laborales: 10

El valor de adjudicación, una vez descontada la carga cubre el importe del crédito ejecutado. El valor real de lo adjudicado: $100 - 80 = 20$, al cubrir más que el importe del crédito laboral, no se debe cancelar la carga ya que en caso contrario más que de una satisfacción de un crédito se trataría de una operación especulativa.

Así se debe entender que es el espíritu de la adjudicación del bien a favor del ejecutante, esto es, como un mecanismo de satisfacción de su crédito y no como un instrumento de enriquecimiento más propio de operaciones especulativas del ámbito mercantil y que mal casan en una subasta judicial.

Este parece ser el propósito del legislador cuando en el Art. 131. regla 17ª de la L.H. se señala que la cancelación de las anotaciones quedaba sujeta al requisito de que «el valor de lo adjudicado fuese igual o inferior al importe total del crédito del actor».

En idéntico sentido el Art. 1.519 de la L.E.C. indicaba que en el caso de adjudicación de la finca al ejecutante en pago de su crédito se mantendrían las hipotecas anteriores a la suya y también las posteriores «si el precio de adjudicación fuera suficiente para cubrir las» debo entender que debe referirse a que sea suficiente para pagarlas y ver pagado su crédito con el valor de lo adjudicado ya que en caso contrario se autorizaba la cancelación de las inscripciones de las hipotecas posteriores. Inexplicablemente, este precepto que era el único que se ajustaba a las modernas previsiones hipotecarias ha sido modificado en su nueva redacción.

Como se ve, ya la L.E.C. preveía diferentes soluciones según el resultado de la subasta fuese la adjudicación a un tercero a la adjudicación al ejecutante en pago de su crédito.

Tanto la Ley y el Reglamento Hipotecario, como la jurisprudencia, cuando se da una adjudicación a los ejecutantes no se preocupan de «hacer cuentas" y cancelar o no las anotaciones según el valor de lo adjudicado, el importe del crédito ejecutado y la cuantía de la carga, sino que subrayando nada más el examen abstracto de la naturaleza y prelación de los créditos en conflicto, decretar la total cancelación de las cargas o por el contrario deniegan completamente la cancelación, impidiendo cancelaciones parciales como las apuntadas que siguiendo pautas de aplicación equitativa de las normas (Art. 3.2º del Código Civil) solucionarían problemas de muy difícil arreglo en la práctica de las subastas judiciales.

Los Arts. 131 regla 17ª de la L.H. y 1.518 Y 1.519 de la L.E.C. (en redacción dada por la Ley de medidas urgentes de reforma procesal) imponen distinta solución en el caso de que el valor del bien adjudicado sea superior al importe del crédito del ejecutante, obligando a los trabajadores adjudicatarios a consignar ese exceso para abono o a los acreedores postpuestos en vez de mantener sus anotaciones o cancelarlas sólo parcialmente, lo que puede provocar problemas de falta de liquidez de los trabajadores que impedirán adjudicaciones. A favor de ellos, por otro lado, la necesaria cancelación de las cargas en caso de adjudicación a los trabajadores puede no verse compensada con la consignación de ese exceso ya que el valor de adjudicación del bien suele ser muy inferior al valor real del bien (hasta un 25% en 3ª subasta) con lo que esa cuantía casi nunca será superior al importe del crédito ejecutado. No obstante, la opción (no aceptada con la nueva L.E.C.) de cancelar parcialmente las cargas puede resultar compleja en el caso de que sean varias las anotaciones.

¿Cuál se reduciría de ellas? ¿Sólo una, o todas ellas en proporción a su importe?.

La cancelación o mantenimiento de cargas por el alcance preferencial, se dificulta en gran medida cuando crédito laboral que se ejecuta se divide en dos fracciones, una correspondiente al superprivilegio y otra al privilegio ordinario del art 32.3° del Estatuto de los Trabajadores.

Pues bien, esta solución óptima desde el punto de vista de justicia material y que satisface los dos intereses en juego, puede no ser de aplicación si optando por la otra opción, cancelamos la hipoteca, obligando a los trabajadores a un pago cuantioso y difícil por falta de liquidez inmediata.

Reconsideración de la tercería de mejor derecho en las subastas de bienes inmuebles.

Así como el art 1.520 de la L.E.C. cobra el pleno sentido en la subasta de bienes inmuebles, alterando la regla de pago de lo obtenido en la enajenación al ejecutante, (art. 1.512) y aplicándolo al triunfante tercerista, en el caso de bienes inmuebles es esquema se ve necesariamente alterado.

El mejor derecho de un acreedor sobre la finca embargada, no puede tener otro efecto que el mantenimiento de su inscripción o anotación de embargo de su crédito, por considerarlo preferentemente al crédito del ejecutante, produciéndose la subrogación del adjudicatario de la finca en dicha carga y respondiendo de la misma. Por tanto, no cabrá aplicar el dinero obtenido a pagar el crédito de ese tercero; el art 1.512 de la L.E.C. prohíbe dedicar el precio del remate a la extinción de una carga subsistente.

Cabe concluir que el triunfo de una tercería de mejor derecho (pagando al acreedor preferente y cancelando su carga) no tiene acogida actualmente ya que sería instaurar el anterior sistema de cancelación o purga de todas las anotaciones, con pago de lo obtenido al acreedor preferente, derogado como bien se conoce, por la L.E.C. y la Ley Hipotecaria.

Por tanto, hay que señalar o que no tiene cabida las tercerías de mejor derecho sobre bienes inmuebles, promovidas por acreedores anotados en el Registro o si se admiten se deben reconvertir en pretensiones incidentales de declaración de preferencia crediticia con el fin de mantener sus inscripciones y anotaciones. En tal caso, estimo más adecuado procesalmente, impugnar mediante el recurso de reposición, la resolución del Juzgado ejecutor que decreta la cancelación de la carga.

8. Es novedoso también el punto referente a la no necesidad de documentar en escritura pública el auto de adjudicación. (Art. 267.1° de la L.P.L.). Parece ser que las normas procesales de más moderna factura y en especial las que hacen referencia a un proceso ágil y rápido como el laboral han caído en la cuenta de la importancia del papel del Secretario como director del procedimiento y como único funcionario al que en exclusiva le corresponde dar fe de las actuaciones procesales.

Así se entiende que ya no sea necesario el otorgamiento de la escritura de venta que preveía el Art. 1.514 de la L.E.C. basándose en la concepción privatista de entender la subasta como una compraventa que exigía la presencia del notario y claro está el devengo de sus honorarios que casi siempre re- percutían en el ejecutante.

En la actualidad dichos gastos se reducirán al menos en este trámite ya que es suficiente para la inscripción a favor del adjudicatario en el Registro el testimonio del auto de adjudicación y de las circunstancias necesarias para verificar aquella. Incomprensiblemente el Art. 1.514 de la L.E.C. en redacción dada por Ley 10/1992 de 30 de abril, exige el visto bueno del Juez en el testimonio.

El precepto reproduce con mejor redacción lo dispuesto en el Art. 131 regla 17ª de la L.H. en redacción dada por Ley 19/1986 de 14 de mayo si bien en esa fecha ya no se entendía la necesidad del visto bueno del Juez, dada la atribución en exclusiva de la fe pública al Secretario sin la intervención adicional de testigos (Art. 281 de la L.O.P.J.).

El testimonio deberá contener al menos las circunstancias necesarias relativas a las personas otorgantes (ejecutantes, ejecutado y adjudicatario), a las fincas y a los derechos inscritos (Arts. 9 y 21 de la LH. y 51 del R.H.).

C. Diferentes sistemas de venta de los bienes

Si el ejecutado, por cualquier motivo no puede abonar en efectivo el importe de la obligación dineraria, lo que tendría que hacer es proceder a la venta de sus bienes o derechos para que con el importe de lo obtenido se satisfaga el ejecutante. Si esta actividad no se realiza por el ejecutado, se realiza por el Juzgado, con lo que aparece la nota típica del quehacer ejecutorio que es la actividad sustitutiva del Juzgado enajenando dichos bienes y abonando el producto que se obtenga a los ejecutantes.

Tradicionalmente el sistema de enajenación forzosa de los bienes era la subasta judicial. Se ha constado que la subasta padece de múltiples insuficiencias que han llevado al legislador a intentar arbitrar otros medios de venta más acordes con los tiempos en que vivimos. No obstante aunque la intención era plausible se verá que ha quedado por el momento al menos en una nueva declaración de intenciones.

Se venía observando que la venta judicial adolecía de muchos defectos, provocados en gran parte por la falta de depósitos adecuados para los bienes embargados que causaban desperfectos en ellos la defectuosa valoración de lo embargado al no existir un Cuerpo permanente de peritos, la inexistente publicidad y conocimiento de las subastas ya que el Boletín Oficial no es un instrumento de publicidad y la lenta tramitación del apremio judicial.

Todo lo anterior provocaba que las subastas judiciales fueran de exclusivo conocimiento de personajes a los que se denominaba «subasteros» que por irrisorias cantidades se adjudicaban los bienes del ejecutado sin que con ello

se satisficieran los créditos de los ejecutantes, a lo que se podía añadir que con posteriores transmisiones a terceros el órgano judicial en funciones no propiamente jurídicas sino mas acercadas a las de una Agencia de Intermediación, sirviese los intereses no del justiciable sino de extraños «profesionales» que se beneficiaban de este servicio parajudicial.

Conviene decir que lo anterior era favorecido por una legislación permisiva y excesivamente privatista que paradójicamente en este punto no protegía ni al ejecutante ni al deudor ejecutado.

El actual Art. 263.1º c) de la L.R.J.S recogiendo esta experiencia ha querido dejar a la subasta un juego residual al señalar que sólo se podrá acudir a ella cuando, no se empleen otros procedimientos.

a) La subasta judicial

La subasta judicial puede ser definida como una transferencia del bien al tercero que más ofrece en pública y abierta licitación, entendiéndose que la transferencia puede ser hecha también al propio ejecutante.

Para Gomez Orbaneja (1), la subasta consiste en ofrecer a la venta los bienes embargados, de una manera pública, para que pueda llegar a conocimiento de los presuntos compradores y en concurrencia, impulsados por el interés común que la adquisición pueda tener para ellos, se superen en la cantidad que ofrezcan.

Los que toman parte en la subasta se llaman postores o licitadores, postura es la oferta que hace el licitador y remate es la venta o adjudicación al mejor postor.

La subasta es la *venta forzosa* de los bienes embargados que realiza el órgano judicial en nombre del Estado ya cargo del deudor. En esta venta el Juzgado no actúa en lugar del deudor como si fuera éste, sino que actúa sustituyendo la voluntad rebelde del ejecutado, por tanto no hay representación, sino sustitución.

Es preciso distinguir las sucesivas etapas de la subasta, pudiendo señalarse las siguientes:

1. Anuncio.
2. Práctica de la subasta.
3. Aprobación del remate.
4. Pago del precio.
5. Entrega de los bienes.

La mecánica de la subasta no viene contemplada en la L.R.J.S por lo que hay acudir a la subsidiaria L.E.C. que la regula en los Arts.643 y ss.

49

Gomez Orbaneja (1):"Derecho y Proceso".1ªed.Civitas 2009

1. Anuncio:

Es preciso anunciar públicamente y con antelación, la celebración de la subasta.

La L.E.C. parte de la premisa, más bien ficción de que dicho conocimiento se consigue con la publicación del edicto en los Boletines Oficiales.

Así el Art. 1.488 de la L.E.C. dispone que los edictos se publicarán en el Boletín Oficial de la Provincia o en uno de los periódicos de mayor circulación de la provincia y además en el B.O.E según el valor. Además los edictos se colocarán también en el tablón de anuncios del Juzgado.

La previsión del tercer párrafo del Art. 1.488 de señalar en un sólo edicto los tres días de las subastas es la que se ha impuesto en la práctica aunque no medie solicitud del ejecutante.

Es necesario adelantar que este sistema de publicidad es una de las causas de las deficiencias de las subastas judiciales.

Antes de la subasta puede el deudor liberar los bienes, pagando el principal y las costas (Art. 1.498 de la L.E.C.).

Entiendo que para que se levante el embargo el ejecutado deberá abonar también los intereses a la luz de lo dispuesto en el Art. 268 LRJS. que antepone en principio el pago de estos al abono de las costas.

2. Práctica de la subasta:

Para tomar parte en la subasta los posibles licitadores deben de haber consignado en la cuenta de consignaciones del Juzgado (señalada en el edicto) una suma de al menos el 20% del tipo de cada subasta, por lo que dicha suma variará según sea .la primera, la segunda o la tercera.

Es lo que se conoce con el nombre de fianza.

Al posibilitarse la venta por lotes (Art. 263.3º), cosa que se hacía ya antes, se debe de admitir que no se exija la fianza por la totalidad de los bienes, sino sólo por la de los lotes sobre los que se quiere pujar lo que impedirá que en la subasta se amplíe la oferta a otros lotes distintos.

Del requisito de la consignación de la fianza está excluido el ejecutante (Art. 1.501 L.E.C.); por analogía también lo estará el responsable legal subsidiario (FOGASA) dada la equiparación con el ejecutante que se hace en los Arts. 264 b) y 266 de la L.R.J.S.

La fianza del mejor postor y por tanto futuro adjudicatario se conservará en depósito en garantía del cumplimiento de abono del resto del precio ofrecido (Art. 1.500 de la L.E.C.), las de los otros postores se devolverán terminada la subasta, a no ser que a petición del ejecutante, se retengan para el caso de que el adjudicatario provisional no pague el resto del precio y se aprueba el

remate con el postor o postores que efectuaron las siguientes posturas. (Art. 1.500 L.E.C.).

Se permiten las posturas hechas con antelación mediante escrito en pliego cerrado en el que se acompañará el resguardo justificativo del abono de la fianza. (Art. 1.499 de la L.E.C.).

El Art. 1.503 de la norma procesal civil regulaba la forma de la subasta, indicando que sería presidida por el Juez; en la práctica lo hacía el Secretario exclusivamente, con asistencia de dicho fedatario que legalmente la documentaba, aunque en la práctica la documentación la hacía un auxiliar y el Secretario da fe de lo actuado y con la persona del Agente que lo anuncia al público.

El actual Art. 1.503 indica que la subasta la preside el Secretario.

Se comienza leyendo la relación de bienes y las condiciones de la subasta; se anunciarán las posturas que se admitan y las mejoras que se vayan haciendo y se terminará el acto cuando no haya licitador o ejecutante que mejore la última postura.

Suele plantear problemas el momento en el cual se debe proceder a la apertura del pliego cerrado.

El Art. 1.499 establece que se abrirá al publicarse las posturas con lo que debo entender que después cabrá la posibilidad de que los postores presentes puedan mejorar la postura escrita, solución acorde con la finalidad satisfactiva y de obtención del mayor dinero posible en dicho acto.

El sistema de posturas es el de *pujas al alza*, es decir mejorando el tipo de cada subasta. Los ejecutantes pueden tomar parte en la subasta y mejorar las posturas que se hicieron (Art. 1.501 L.E.C.); dichas ofertas en el acto de la subasta las podrán hacer sin ningún límite cuantitativo, si bien en el caso de que sean declarados adjudicatarios deberán consignar el exceso en metálico si su postura sobrepasa el importe de sus créditos ya que normalmente en la subasta pujaron ofreciendo parte o la totalidad de los créditos.

La presencia de los ejecutantes en la subasta, si sus créditos son elevados, es fundamental para incrementar las posturas de terceros.

El Art. 1.499 de la L.E.C. en su párrafo 3º permitía que tanto los ejecutantes como terceros postores pudiesen hacer sus ofertas en calidad de ceder el remate a un tercero. El Art. 264 de la L.R.J.S. limita dicha posibilidad al establecer que sólo la adjudicación practicada a favor de los ejecutantes o del FOGASA podrá efectuarse en calidad de ceder el remate a un tercero. El actual Art. 1.499 contempla idéntica limitación.

La cesión a tercero tras la adquisición en subasta producía el efecto de la supresión de un hecho imponible fiscalmente ya que en vez de producirse dos transmisiones, se producía sólo una en favor del cesionario, sin que los ejecutantes en cambio se beneficiarían por la no exigencia al subastero del correspondiente impuesto.

En el caso de que los ejecutantes se adjudiquen el bien con esa posibilidad, al igual que el FOGASA, deberán verificar dicha cesión mediante comparecencia ante el Juzgado executor, entiendo suficiente la comparecencia ante el Secretario (Art. 280 L.O.P.J.), con asistencia del cesionario, quien deberá aceptar dicha cesión y todo ello previa o simultáneamente al pago del resto del precio ofrecido en subasta.

De no aceptarse la cesión, se deberá conceder a los ejecutantes otro plazo para efectuar la cesión a otro cesionario y para el caso de que dicha cesión no prospere tampoco, se debe entender como definitiva la adjudicación a favor de los ejecutantes.

Para una mejor comprensión de la dinámica de las subastas es mejor hacer una distinción según cual sea la subasta.

1ª Subasta.

La fianza exigida para tomar parte es el 20% del valor de la tasación. El tipo de la subasta es el 100% de la tasación.

La postura mínima por la que se puede pujar es las 2/3 partes del avalúo (Art. 1.499 L.E.C.).

De no existir ningún postor, queda el arbitrio del ejecutante optar entre que se le adjudiquen los bienes por las 2/3 partes de su avaluo, o que se proceda a la 2ª subasta con una rebaja del 25% del precio de tasación (Art. 1.504 L.E.C.).

2ª Subasta.

La fianza exigida será el 20% del 75% del valor de tasación; por lo tanto ascenderá al 15% del precio.

El tipo de la subasta será el 75% de la tasación (Art. 1.504 L.E.C.).

La postura mínima por la que se puede pujar será las 2/3 partes del tipo, con lo que dicha suma será el 50% de la valoración.

Si en la 2ª subasta tampoco concurren licitadores, los ejecutantes pueden optar entre que se le adjudiquen los bienes por las 2/3 partes del precio *que sirvió de tipo para la 2ª subasta, esto es por el 50% del precio, o que se le entreguen los bienes en administración para aplicar sus productos al pago de los intereses y extinción del capital* (Art. 1.505 L.E.C.).

Si el ejecutante no ejercita ninguna de las dos opciones, se celebrará tercera subasta (Art. 1.506 de la L.E.C.).

3ª Subasta

La fianza para tomar parte en esta subasta debe ser a la luz del Art. 264 de la LRJS del 20% del 25% del valor de tasación, con lo que la suma será el 5% de la valoración.

Aunque el Art. 1.506 de la L.E.C establecía que en la 3ª subasta salían los bienes sin sujeción a tipo, el Art. 262 a) de la L.P.L. exigía una postura mínima

del 25% de la cantidad en que se hubieran valorado los bienes. L LRJS no se pronuncia al respecto.

Si no existe licitador que cubra esa postura mínima ya no será de aplicación lo dispuesto en los Arts. 1.506 y 1.507 de la L.E.C., sino que los ejecutantes y el FOGASA tendrán el derecho de adjudicarse los bienes por el 30% del avalúo, dándoles el efecto un plazo común de 10 días (Art. 264 L.R.J.S).

De no hacerse uso de este derecho se alzarán el embargo.

Hay que tener en cuenta que el alzamiento del embargo ha de estar condicionado, en este caso, a la constatación de que el bien subastado por la cuantía de sus cargas no puede ser adquirido por nadie; por lo que el alzamiento del embargo no se decretará si existen indicios que dichas cargas y gravámenes que dificultan la venta ya no existen aunque aparezcan anotados en el Registro y más en el caso de que el ejecutado se haya negado a proporcionar dicha información, o en el caso de que el acreedor anotado en el Registro no haya cancelado dicha carga a pesar de haber abonado el ejecutado el importe total o parcial del crédito (Art. 247.3º de la L.R.J.S.).

3. *Aprobación del remate.*

El Art. 1.509 de la L.E.C. parecía establecer la aprobación inmediata del remate o adjudicación una vez finalizada la subasta y en el mismo acto, «verificado el remate en cualquiera de las subastas, lo aprobará el Juez en el mismo acto ...»

No obstante, es conveniente que la aprobación del remate en el mismo acto de la subasta, sea provisional y condicionada al pago del precio ofrecido, salvo el supuesto en que la adjudicación se haya a los ejecutantes y por una suma inferior al importe de los créditos ejecutados. El actual Art. 1.509 prevé que la aprobación del remate se haga el siguiente día al de la subasta.

En cualquier caso y sea quien sea el que adquiere los bienes, con independencia de que se pueda aprobar provisional o definitivamente el remate en el mismo acto de la subasta, es necesario dictar posteriormente un auto de adjudicación independiente, esto se desprende claramente en el caso de inmuebles ya que el Art. 267.1º L.R.J.S. habla de “ Decreto de adjudicación”, resolución que recordemos deberá contener un contenido mínimo descriptivo, de los otorgantes, operación y descripción del bien para tener acceso del Registro, pero también es necesario en el caso de bienes muebles.

La razón de la obligatoriedad de dictar un auto es posibilitar la interposición de recursos de las partes o de terceros interesados que no tienen obligación de acudir a la subasta y que no tendrían constancia de la adjudicación si la aprobación del remate se hiciese sólo en el acta de subasta; además hay que recordar que lo que se recurren son resoluciones y no actas.

Aunque el Art. 1.498 de la L.E.C. señala que después de celebrado el remate quedará la venta irrevocable, hay que señalar que la adquisición será irrevocable, sólo cuando haya ganado firmeza el auto de adjudicación.

4. Pago del precio.

Los plazos para el abono del precio ofrecido en subasta son distintas, según se trata de bienes muebles o inmuebles.

El Art. 1.509 de la L.E.C. establece el pago del precio en el plazo de 3 días en el caso de muebles, tratándose de inmuebles el Art. 1.511 lo fija en 8 días. Es preciso señalar que estos plazos en el proceso laboral se veían reducidos por lo menos a la mitad por imperativo de lo dispuesto en los Arts. 235 L.P.L. Y 738 L.E.C.

Si el adjudicatario, o los postores que hicieron también ofertas inferiores a la del rematante y que a petición del ejecutante fueron declarados adjudicatarios al no consignar el precio el adjudicatario, incumplen la obligación de consignar el resto del precio se procederá a la celebración de una subasta en quiebra.(Art. 1.513 de la L.E.C.), salvo que con las fianzas consignadas se pudiesen cubrir el principal, intereses y costas reclamados.

No obstante la previsión que contempla el Art. 1.513 en su párrafo 2º de que la fianza del adjudicatario incumplidor se destine en primer término a satisfacer los gastos de la nueva subasta debe ser modificado a la luz de lo dispuesto en el Art. 266 de la L.P.L. que obliga a aplicar el producto de la ejecución el pago del principal intereses y costas por dicho orden prelativo con carácter general.

5. Entrega de los bienes

El Art. 1.539 de la L.E.C, condiciona la entrega de los bienes a la consignación del previo por el adjudicatario provisional.

Se debe hacer constar en autos la entrega del precio en este caso bastará con unir el resguardo de la consignación en la cuenta del Banco Bilbao Vizcaya. Consignado el precio se dará la oportuna orden al depositario para que facilite la entrega y recepción de los bienes subastados.

Un consejo práctico relevante es que antes de pagar al ejecutante se exija al adjudicatario que firme un recibo de los bienes ya que puede ocurrir que los bienes hayan desaparecido y ya se haya pagado el precio ofrecido por el adjudicatario a los ejecutantes con lo que se ocasionan problemas de muy difícil solución. Más que un consejo se trata de un acto procesal impuesto en el Art. 1.509 de la L.E.C.

Tratándose de inmuebles con el testimonio del auto de adjudicación se entregarán al comprador los títulos de propiedad (o certificaciones oportunas) y se pondrán los bienes a su disposición dándose las órdenes necesarias (Art. 1.515 de la L.E.C.).

c) *Alternativa a la subasta judicial.*

Como consecuencia de los defectos apuntados de la subasta judicial el legislador ha intentado crear mecanismos de venta alternativos.

El Art. 263 LRJS prevé dos sistemas:

1. *Venta en entidad autorizada administrativamente.* La decisión de realizar el bien de este modo se deja al total arbitrio del órgano judicial con independencia de la voluntad de las partes y del valor de los bienes. No obstante, y partiendo de la premisa de que la venta debe estar presidida por la finalidad de que se satisfagan los créditos de los ejecutantes el Juzgado puede condicionar la venta a que se obtenga un determinado precio y a que se garanticen los derechos de las partes y del FOGASA y así por ejemplo se debería exigir por aplicación analógica de los preceptos procesales que no se permitiesen adjudicaciones por valores que no cubriesen el 75, 50 ó 25% del precio del avalúo, o en caso contrario autorizar la adjudicación a los ejecutantes de los bienes por el 75, 50 ó 25% del avalúo. Queda a voluntad del Gobierno, previo informe del Consejo General del Poder Judicial el determinar qué entidades se podrán hacer cargo de dichas ventas.

2. *Subasta ante fedatario público.* No se indica qué fedatario podrá vender dichos bienes. Podría ser aconsejable que fueran los Secretarios Judiciales, aprovechando su experiencia en el apremio; recordemos que en la práctica son los que dirigen el proceso de ejecución.

Existe también un procedimiento ejecutivo extrajudicial ante Notario, regulado en los Arts. 129 de la L.H. y 234 y s.s. del R.H.; que quizás fue el que tuvo en mente el legislador de la L.R.J.S.

No obstante la diferencia con respecto a la ejecución laboral es en este caso muy importante ya que la sumisión a la competencia del notario en el procedimiento extrajudicial nace de un pacto expreso entre las partes que nunca se da en la ejecución social.

Una última duda se debe plantear si se saca la subasta de los bienes de la competencia del Juzgado ya que en este caso se rompería la unidad y continuidad del proceso de ejecución en dos fases distintas lo que plantearía serias dudas en lo referente a la competencia para dilucidar cuestiones de tanta importancia como son la subsistencia o no de las cargas y gravámenes de la finca, aspecto íntimamente ligado a las preferencias de los créditos laborales.

¿Quién sería el órgano encargado de decretar o no dicha cancelación? ¿Quién conocerá de los recursos planteados frente a dichas resoluciones?

Mis dudas se ven incrementadas, si como prevé el Art. 265.1 b) de la L.R.J.S, la expropiación de los bienes del ejecutado, aspecto básico de la ejecución se deja a la previsión de un ulterior desarrollo reglamentario.

Mayor reproche merece el que el legislador no acogiese fórmulas novedosas y brillantes de mayor utilidad que estos dos tipos de venta señalados y que hubiesen corregido muchos de los defectos que se producen en las subastas judiciales.

Algunas de estas fórmulas ya venían apuntadas en el Anteproyecto e inexplicablemente no pasaron al Texto Articulado; así se pueden citar entre otras:

- venta en comparecencia previa, como fórmula correctora de la lentitud de los trámites de la subasta y de los defectos de éste como medio para transmitir ciertos derechos del ejecutado.
- posibilidad de anuncios de venta distintos de los edictos.
- reducción a una sola, las subastas a celebrar.
- posibilitar la intervención en las subastas sin necesidad de concurrir a las mismas de una manera más amplia que la postura en pliego cerrado.

D Adjudicación de los bienes a parte de los ejecutantes

El Art. 265 de la L.R.J.S contempla el supuesto de la adjudicación de los bienes subastados sólo a parte de los ejecutantes. La experiencia nos indica que rara vez concurre un sólo trabajador a la ejecución y que ante situaciones colectivas de deudas del empresario es frecuente la presencia de varios ejecutantes que a su vez suelen venir representados por varios profesionales o distintos Sindicatos.

Ante tal variedad de posibles adjudicatarios es muy *difícil* que se pongan de acuerdo todos los ejecutantes en una adquisición común y global del bien, que conllevará por tanto a la adjudicación a parte de los trabajadores.

Esta adjudicación parcial no contentará, claro está a los no adjudicatarios, dicha situación presente en la mente del legislador, ocasiono que se arbitraran soluciones de proporcionalidad en el reparto de lo obtenido en el apremio y que se plasman en los Arts. 268 y s.s. y que en parte son trasladadas al supuesto que contempla el Art. 265 Y que se deberá de aplicar cuando por cualquier razón, sea de índole práctica, jurídica o mercantil, interesa a los acreedores laborales la adjudicación del bien sólo a parte de ellos.

En primer lugar hay que señalar que el precepto habla tanto de «adquisición» como de «adjudicación». Entiendo que la adquisición hace referencia a la situación por la cual los ejecutantes pujan en la subasta con el importe de sus créditos, como si se tratarán de un licitador más (Art. 1.501 de la L.E.C.), la adjudicación se da en cambio cuando alguna de las subastas se celebra sin asistencia de terceros postores y los ejecutantes piden la adjudicación de los bienes por el 75.50 ó 25% del avalúo de los bienes (Arts. 1.504, 1.505 de la L.E.C. y 262 b) de la L.R.J.S.).

En cualquier caso el resultado final es el mismo y es la adquisición de la propiedad del bien por parte de los ejecutados.

Para discernir claramente el supuesto de hecho que contempla la norma es preciso distinguir varias hipótesis.

No existirán problemas y por tanto no será de aplicación el Art. 263 si la adjudicación se efectúa a todos los ejecutantes, ya que en este caso sus créditos se reducirán en la cuantía proporcional a dichos importes.

Tampoco se aplicará el precepto si la adquisición se produce para parte de los ejecutantes, si el precio de adquisición es igualo superior al importe total de los créditos ejecutados, en cuyo caso se producirá la extinción del crédito del ejecutante adjudicatario que deberá abonar la diferencia existente entre su crédito y el precio ofrecido.

Los problemas surgen si el precio de adjudicación es inferior a la totalidad de los créditos del conjunto de los ejecutantes y es el supuesto que contempla la norma.

Para que se aplique el precepto deben concurrir las premisas:

La primera premisa es que la adjudicación se haga a parte de los ejecutantes y la segunda es que el precio ofrecido sea inferior al importe de todos los créditos. En estos casos la solución no es que se extingan los créditos de los adjudicatarios y el resto de los ejecutantes no obtengan ningún beneficio sino que se parte de una ficción y que és considerar que la adjudicación se efectuó a favor de todos o que el bien se lo hubiera adjudicado a un rercero, para después calcular la suma que hubiera correspondido a cada ejecutante en un reparto proporcional.

Una vez hecho dicho reparto sólo se extinguirían parcialmente los créditos de cada uno, una vez descontados las sumas proporcionales y si la suma que le hubiese correspondido al adjudicatario fuese inferior al precio de adjudicación, el exceso hasta alcanzar dicho precio deberá abonarlo a los ejecutantes no adjudicatarios ya que aquél se adjudica algo de mayor valor que lo que se hubiera correspondido en dinero en un hipotético reparto proporcional si la adjudicación se hubiese hecho a un 3.º que hubiere ofrecido ese precio.

La conclusión es que los ejecutantes, adjudicatarios satisfacen sus créditos mediante la adquisición del bien y los no adjudicatarios mediante una compensación en metálico.

Es preciso hacer una aclaración: siempre que el precio de adjudicación sea superior al importe del crédito del adjudicatarios se debe de abonar dicho exceso, aunque los adjudicatarios sean todos los ejecutantes ya que éstos pueden adquirir el bien subastado sin pagar el precio a cambio, siempre y cuando éste no sea superior a su crédito.

El artículo 265 puede inducir a confusión, ya que parece ligar esa obligación sólo al caso de la adjudicación a parte de los trabajadores y el precio de adjudicación es superior a lo que les hubiese correspondido en un reparto proporcional.

E Especial referencia a la venta de valores

La Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores ha establecido con carácter general el principio de que la negociación bursátil queda reservada a las Sociedades y Agencias de Valores, no obstante también se permite a ciertas entidades y profesionales el ejercicio de determinadas acciones, entre ellos a los Corredores de Comercio colegiados.

La Ley 24/88 de 28 de julio da nueva redacción al Art. 1.482 de la L.E.C. y dispone que si se hubieran embargado valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial se hará su venta a través de dicho mercado.

El juez se dirigirá al organismo rector, el cual adoptará las medidas necesarias para enajenar los valores embargados. Si lo embargado fueran otros valores se venderán a través de Notario o Corredor Colegiado de Comercio.

Me remito a lo ya dicho en cuanto al aspecto práctico de la realización de estos bienes en el capítulo referente al embargo de valores.

F. Otros sistemas de realización forzosa de los bienes

a) La adjudicación y administración forzosa

Ya se adelantó que existen otras formas de realización forzosa de los bienes diferentes a la tradicional y más frecuente subasta judicial y que son la adjudicación y la administración forzosa.

No obstante hay que indicar que la adjudicación y la administración aunque son sistemas distintos de la venta parten de la existencia de una subasta judicial previa en la que no se ha concluido con la normal venta del bien embargado. Así la L.R.J.S en su Sección 3ª indica que la denominación de esta etapa del apremio es «realización de los bienes embargados», artículos 261 a 267, para hablar después en el artículo 263 de "liquidación" y en el artículo 269 LRJS.

El Texto Refundido no contempla todos los supuestos de adjudicación forzosa posibles y parece ignorar por completo la figura de la administración forzosa.

Ante todo hay que señalar que tanto la administración como la adjudicación forzosa son ambas, fórmulas de satisfacción de la pretensión del ejecutante y en este sentido hay que entender lo señalado en el Art. 268.1º de la L.R.J.S. cuando hace referencia a "las cantidades» que deben ir referidas también al valor de lo adjudicado en la administración forzosa, lo que es importante sobre todo cuando el adjudicatario ejecutante debe consignar en metálico un importe por aplicación del Art. 265 en ese supuesto tan particular, o cuando con carácter general el precio de adjudicación supera su crédito; como al importe de los frutos que se obtengan en la administración forzosa.

b) La adjudicación forzosa

Supone una renuncia del ejecutante al pago en dinero de la obligación del ejecutado. El fundamento de la admisión de esta adjudicación es el evitar al acreedor el posible perjuicio que se le ocasionaría con la venta en subasta (2ª ó 3ª) por la frecuente depreciación de los bienes o por la inexistencia de postor en dichas subastas.

De no arbitrarse este mecanismo el ejecutante no vería satisfechos sus derechos y en otros casos los subasteros adquirirían los bienes por cantidades muy pequeñas.

La enajenación judicial de los bienes presenta en su resultado unos perfiles distintos de los que se dan en esta adjudicación, así como en la enajenación

forzosa los bienes se utilizan por su valor de cambio, en la adjudicación forzosa son utilizados por su valor en sí mismos.

La adjudicación forzosa puede definirse como el acto procesal por el que el órgano jurisdiccional transmite al ejecutante un bien previamente embargado al ejecutado, en virtud de su potestad jurisdiccional, como medio para lograr la satisfacción de aquél.

La adjudicación se diferencia tanto de la venta judicial como de la adquisición en subasta del bien por el ejecutante.

En la subasta el bien se transmite a un tercero como mejor postor.

En la adquisición por el ejecutante en subasta la transmisión a éste se produce en su calidad de mejor postor que licita y puja con sus créditos igual que un tercero, en cambio en la adjudicación forzosa la transferencia del bien ejecutante se produce sólo por su calidad de ejecutante y sin necesidad de pujar en la subasta y además sólo está prevista dicha adjudicación en algunos casos.

No obstante, al final los efectos de la adquisición y de la adjudicación son iguales, ya que en ambos casos se produce la reducción del importe de los créditos por el precio de adquisición o el valor de la adjudicación.

Es preciso señalar los casos en que se permite la adjudicación forzosa de los bienes subastados.

De los tres supuestos sólo uno viene contemplado en la L.R.J.S. Se pueden señalar:

1º. Si en la primera subasta no existen postores, los ejecutantes pueden pedir la adjudicación de los bienes por las 2/3 partes de su avalúo. (Art. 1.504 de la L.E.C.).

2º. Si en la 2ª subasta, tampoco comparecen licitadores, los ejecutantes pueden pedir la adjudicación de lo subastado por las 2/3 partes del precio que sirvió del tipo para la 2ª subasta (Art. 1.505 de la L.E.C.) como el tipo era el de la 1ª rebajado en un 25%, la adjudicación será por el 50% de la tasación.

3º. Si la tercera subasta resulta desierta, los ejecutantes y el FOGASA pueden pedir la adjudicación por el 30% del avalúo, dándoles a tal fin un plazo común de 10 días. (Art. 264 de la L.R.J.S).

El problema más interesante y de mayor trascendencia práctica es el que se deriva de la discordancia entre el precio del bien adjudicado de esta manera y el crédito que va a quedar satisfecho o extinguido o dicho de otra forma

¿En qué importe se va a reducir el crédito del ejecutante por esta adjudicación?

Las alternativas son o aplicar el precio ofrecido en la adquisición o la oferta de adjudicación forzosa de los Arts 1.504, 1.505 de la L.E.C. y 264 de la L.R.J.S. o por el contrario considerar de aplicación el valor real de lo que han adquirido los ejecutantes.

La solución a adoptar es importante ya que por ejemplo el bien puede tener un valor real por ejemplo de diez millones de p y el precio de adquisición o adjudicación puede resultar muy inferior por la dinámica de la subasta, piensese que los ejecutantes lo pueden adquirir sólo por el 25% de su valoración.

Las soluciones que nos ofrece la Ley son distintas, así mientras el Art. 265 de la L.R.J.S hace referencia al «precio de adjudicación» con independencia del valor del bien, el Art. 276.2º del Texto Articulado si bien dentro de la insolvencia, obliga al Juzgado a fijar el «valor pericial» de los bienes embargados, en caso de insolvencia parcial, precepto que sólo se entiende si va dirigido a los casos de adjudicación por los ejecutantes ya que en caso de adquisición del bien por un 3º no se explica que interés puede tener el FOGASA en saber en cuanto estaba valorado el bien.

El tener en cuenta el valor pericial como módulo de cálculo para reducir el crédito cobra mucho más sentido ahora que el Art. 262 tiende a aproximar el valor pericial de los bienes embargados al auténtico valor real de lo que se subasta.

Una posible solución es que el Juzgado reduzca los créditos por el precio de adjudicación o de adquisición, de otra forma no se entiende la razón de que los Arts. 1.505, de la L.E.C. y 263 Y 265 de la L.R.J.S establezcan dichos los precios y a su vez establezca de esta forma en su caso las insolvencias parciales y en cambio el FOGASA una vez fijado en el auto de insolvencia el valor pericial del bien adjudicado ex Art. 276.2º abone los salarios e indemnizaciones no por la cantidad fijada por el Juzgado (diferencia entre el crédito y el precio de adjudicación) sino por la resultante de restar al crédito ejecutado el valor pericial del bien adjudicado.

A pesar de lo anterior, que es el modo de funcionamiento del Juzgado en la práctica, hay que señalar que razones de justicia material inducen a pensar que lo justo sería reducir el crédito del ejecutante no en el precio de adquisición, sino en el valor real del bien cuyo importe es la auténtica satisfacción del ejecutante o dicho de otra forma «la cuantía» que ha obtenido en subasta.

La otra opción, reducción por el precio de adquisición, conduce a un fenómeno similar al que se produce con los subasteros y que es esperar a la 3ª subasta para solicitar la adjudicación forzosa de los bienes por el 25% de su avalúo que unido a una eventual cancelación de todas las cargas y gravámenes por el juego del privilegio del Art. 32 del E.T. acercan la adjudicación forzosa a fórmulas más próximas a la especulación inmobiliaria que a la efectiva tutela judicial.

Los anteriores vicios apuntados repercuten en el abono por el FOGASA de los créditos pendientes de pago que por la aplicación del precio de adquisición aparecen «inflados», defectos que intentan ser corregidos por la exigencia de fijar en el auto de insolvencia el valor pericial de los bienes embargados y que

también en parte *son* paliados por la aplicación de los topes máximos de las cantidades a abonar por el Fondo y que fija el Art. 33 del E. T.

Expresar por último que además del posible perjuicio al Fondo, se produce otra disfunción y que es que al reducir los créditos sólo por el precio de adjudicación se posibilitan adquisiciones por los ejecutantes de bienes que en realidad tienen un valor superior al importe de sus créditos, *sin* necesidad de consignar en metálico la cantidad en exceso, para en muchas ocasiones, deber además proseguir la ejecución y el consiguiente abono por el FOGASA de unas cantidades pendientes de pago, cuando en realidad dichos créditos ya han sido satisfechos en exceso con la adjudicación del bien.

La tradicional reducción del precio de los bienes y posterior adquisición en condiciones muy ventajosas de los bienes por los subasteros puede justificar el que se dicten estas insolvencias ya que el dinero que se obtiene no cubre los créditos laborales, lo que no se justifica es que esa reducción del precio sea utilizada por los ejecutantes mediante una adjudicación forzosa que no olvidemos trata de proteger pero no enriquecer a los ejecutantes.

c) La administración forzosa

Mediante el mecanismo de 1ª administración forzosa se utilizan los bienes subastados por *su* valor en uso o por los frutos que se puedan obtener con ellos, de ahí que la administración sólo pueda tener por objeto aquellos bienes que sean productivos, preferentemente inmuebles o explotaciones.

Esta forma de realización forzosa presenta unas diferencias con la administración judicial que contempla el Art. 256 de la L.R.J.S:

- La administración judicial es una medida de garantía del embargo, en cambio la forzosa es una forma de realización forzosa de los bienes embargados.
- La administración judicial tiene fundamentalmente una finalidad conservativa del bien con la consiguiente entrega al juzgado de los frutos obtenidos que se aplican a la conservación y mantenimiento del bien embargado y sólo en el caso de que tras ello haya frutos remanentes quedarán afectados al ulterior pago de la ejecución.

La administración forzosa, al contrario cumple una finalidad satisfactiva ya que el ejecutante destina los frutos obtenidos a la satisfacción de su crédito.

- En la judicial, la administración corre a cargo de un tercero, en la forzosa es el ejecutante el administrador.

El supuesto de hecho en el que entra en juego esta institución viene contemplado en el Art. 1.505 de la L.E.C. como una alternativa a la adjudicación forzosa de los bienes en 2ª subasta, al permitir al ejecutante si no opta por dicha adjudicación, solicitar que «se le entreguen en administración los bienes para aplicar sus productos al pago de los intereses y extinción del capital».

Ejercitada dicha opción por el ejecutante, el Art. 1.521 de la L.E.C. dispone que el Órgano judicial acordará que se entregue la finca o el bien al ejecutante, bajo

el correspondiente inventario y que se le dé a conocer a las personas que el mismo acreedor designe, acreditándolo todo en autos.

Acordada la administración forzosa, cesará la administración judicial que se hubiera constituido de conformidad con el Art, 256 de la L.R.J.S. (Art. 1.505 *in fine* de la L.E.C.)

El ejecutante y el ejecutado podrán establecer por medio de acuerdos particulares las condiciones con que el primero ha de administrar las fincas o explotaciones. Si no llegan a un acuerdo, se entenderá que el bien ha de ser administrado según la costumbre del país.

El ejecutante administrador tiene un derecho básico: hacer suyos los productos de la finca y dos obligaciones importantes: mantener la finca en el estado que se le entregó, realizando los gastos necesarios para su conservación y reparación, con cargo a los frutos que puede obtener y rendir cuentas.

El régimen de rendición de cuentas se deja en principio al acuerdo de las partes, de no lograrse este acuerdo, el ejecutante deberá rendir cuenta anual de los frutos obtenidos (Art. 1.522 de la L.E.C.). En este caso, si las fincas fuesen rústicas podrá el ejecutado intervenir las operaciones de recolección por sí o por medio de representante.

De la cuenta presentada por el ejecutante, se dará traslado al ejecutado por un plazo de 15 días y de los reparos que éste pudiera hacer a aquél, para que en el plazo de 9 días manifieste si está o no conforme con ellos.

Si no estuviera conforme el órgano judicial citará a las partes a juicio para dentro del tercer día, en el que se podrá alegar y probar lo pertinente en relación con la administración, el órgano judicial dictará sentencia dentro del quinto día que resolverá lo procedente sobre la aprobación o rectificación de la cuenta presentada por el ejecutante.

Esta sentencia será recurrible en suplicación si se encuentra comprendida dentro de los límites del Art. 191.2º de la L.R.J.S. (Art. 1.523, 1.524 Y 1.525 de la L.E.C.).

Entiendo que el límite más importante será el que el título ejecutivo fuera recurrible en suplicación.

Todas las demás cuestiones que pudiesen surgir entre el ejecutante y el ejecutado con motivo de la administración de las fincas, se sustanciarán por el trámite incidental de ejecución (Art. 1.526 de la L.E.C. en relación con el 236 de la L.R.J.S.).

La administración puede finalizar de diversas formas y que son las siguientes: Cuando el ejecutante se haya hecho pago de su crédito, intereses y costas con los productos de la finca, volverá ésta a poder del ejecutado (Art. 1.527 de la L.E.C.) al cumplirse la finalidad satisfactiva de esta realización forzosa.

2ª. Si el ejecutado paga en cualquier momento lo que reste de su deuda, según el último estado de cuenta presentada por el ejecutante (Art. 1.528 de la L.E.C.). En este caso, el ejecutado será repuesto inmediatamente en la posesión de la finca y cesará el ejecutante en la administración si bien deberá rendir su cuenta general en el plazo de 15 días y sin perjuicio de otras reclamaciones que pudieran corresponder a las partes.

3ª. A petición del ejecutante, puede concluir la administración para volver otra vez a la subasta judicial, cuando solicite que se saque a pública subasta la finca por el 75% del avalúo, y en el caso de resultar desierta puede pedir la adjudicación por las 2/3 partes de dicho precio. En cualquier de los dos supuestos se deducirá de la cantidad que se obtenga lo que ya se percibió en la administración forzosa previa.

La administración forzosa afecta a la posesión del bien no a la propiedad de la finca que sigue siendo del ejecutado, por lo que no habiéndose producido ninguna cancelación de carga o gravamen alguno, éstas subsisten y por tanto la finca puede ser realizada por alguno de estos acreedores, si bien es preciso distinguir dos supuestos según quién sea el acreedor que ejecute la finca:

-Si son los acreedores preferentes a los ejecutantes laborales, la finca puede ser ejecutada y sacada a pública subasta y adquirida por otro. En este caso y si el ejecutante laboral para evitar la venta paga el crédito del acreedor preferente, aumentará su crédito pendiente y por tanto la duración de la administración.

- Si los otros acreedores del ejecutado no son preferentes a los laborales, sólo podrán ejecutar la finca cuando haya concluido la administración forzosa.

D El pago a los acreedores:

El pago a los acreedores constituye la última etapa del proceso de ejecución. En el proceso laboral esta fase puede ser completada con otra ulterior de declaración de insolvencia en el caso de que la pretensión de ejecución no haya sido completamente satisfecha.

En un sentido general se debe manejar un concepto amplio de pago que hace referencia tanto a la última fase de la ejecución dineraria, como al cumplimiento de cualquier tipo de obligación por ejemplo si ésta consiste en un hacer o no hacer o entregar una cosa distinta del dinero.

Por lo que respecta a la ejecución dineraria que es a la que nosotros nos importa, por pago debemos de entender tanto la entrega del dinero obtenido en la realización del bien al ejecutante como también la adjudicación y administración forzosa del bien por el ejecutante.

El pago puede no venir precedido de la etapa previa del embargo y realización del bien, si lo embargado fue dinero ya que según lo dispuesto en el Art. 1481 de la L.E.C. se hará pago inmediato al ejecutante del principal, intereses y costas, si lo embargado fuese dinero, sueldos, pensiones o créditos realizables en el acto.

Guasp (5) entiende un paralelismo con la fase declarativa: así como las alegaciones y prueba de esta fase se corresponden con los actos de instrucción del embargo y realización forzosa de la fase ejecutiva. La sentencia produce el efecto de la cosa juzgada, el pago el de la «cosa ejecutada» que produce el efecto de la difícil impugnabilidad de lo actuado en ejecución y más si nos encontramos ante resoluciones judiciales firmes.

La L.R.J.S. en su sección 4ª se ocupa del "pago a los acreedores", en sentido amplio y que por tanto comprende tanto el pago del dinero depositado por un tercero como precio de la subasta, como también el pago que se hace como aplicación de los frutos o productos de la administración o intervención judicial, así es como se debe entender la expresión del Art. 268 de la L.R.J.S., "cantidades que se obtengan en favor de los ejecutantes" sin especificar si es en la subasta o en otra forma de realización forzosa.

Los Arts. 268 y s.s. de la L.R.J.S regulan dos aspectos distintos pero relacionados entre sí y que son: 1º la distribución de lo obtenido entre los distintos conceptos por los que se despacha la ejecución y 2º el reparto de las cantidades entre los distintos ejecutantes que concurren en las ejecuciones acumuladas.

B. Distribución entre diferentes conceptos

El Art. 268 parte de un estricto orden prelativo de aplicación de lo obtenido, al disponer que las cantidades se aplicarán por su orden el pago del principal, interés y costas.

Es preciso una somera descripción de cada partida:

Por principal se debe entender la cantidad reconocida en el título de ejecución (sentencia, auto o conciliación) y que constituye la obligación principal del ejecutado.

Este principal puede ser extendido a los intereses del Art. 29.3º del E.T. que deberían venir ya concretados en la sentencia o acto de conciliación.

Por intereses debemos de entender los que se puedan haber devengado de conformidad con el Art. 576 de la L.E.C. o 45 de la Ley General Presupuestaria y que precisan de una previa liquidación.

Las costas son los gastos generales en el proceso de ejecución y que son necesarios por la satisfacción de la pretensión y no correspondan a diligencias inútiles, superfluas o no autorizadas por la Ley y que necesitan también de una tasación.

Esta regla general de aplicación prelativa, puede ser alterada, mediante decisión del Juzgado anticipando al pago del principal, el abono de los gastos

50

Guasp (5): "Derecho procesal civil. Parte especial. Procesos declarativos y ejecutivos". Thomson Civitas 7º ed 2006

que necesariamente hubiera requerido la propia ejecución y el de los acreditados por terceros obligados a prestar la colaboración judicialmente requerida (Art. 268.2º).

Este precepto es de una oscura redacción que puede ocasionar problemas ya que se desconoce si el legislador quiso posibilitar el que se anticipase el abono de cualquier partida de las costas, piénsese que cualquiera de estas partidas debe ser necesaria para que pueda ser incluida en la tasación de costas (ver Arts 1427 y s.s. de la L.E.C.), o sólo se podía anticipar algún gasto en concreto y en caso determinado.

Rios Salmeron (6) entiende que la excepción al pago preferente del principal obedece a que el Art. 268.2 ha querido traer al seno de la ejecución laboral algo parecido a lo que en el proceso concursal se conoce con el nombre de «deudas de la masa» que reciben un trato de privilegio en cuanto a su abono en dichos procedimientos, si bien según este autor se debería distinguir entre gastos de administración que por corresponder a un quehacer inevitable se podrían anticipar al abono del principal y gastos de justicia que según él no se podrían anticipar, incluyendo entre ellos los honorarios de los profesionales que intervienen en la ejecución.

A mi entender el término «necesario» que emplea el Art. 268.2.º debe ser interpretado en un sentido restrictivo, pudiendo incluirse sólo aquellos gastos imprescindibles en el caso concreto, como los efectuados para evitar la pérdida de los bienes, para su precisa conservación o administración, así como los acreditados por terceros obligados a prestar la colaboración judicial requerida (Arts. 118 de la Constitución y 17 de la L.O.P.J.) en el entendimiento de que dichos peritos y depositarios no hayan podido o puedan cobrar sus gastos y remuneraciones conforme a otro procedimiento o a cargo de entidades públicas como Ministerio de Justicia o Gobiernos Autónomos (Art. 251.2º de la L.R.J.S).

En cualquier caso el acuerdo de todos los ejecutantes vinculará al Juzgado si ellos determinan la forma de anticipar cualquier gasto.

Una consecuencia importante del estricto orden prelativo del Art. 266 es la no aplicación de los Arts. 1.172 Y 1.173 del Código Civil, impidiendo por tanto la posibilidad de declarar al tiempo de hacer el pago, a cuál de las deudas de la misma especie se aplica la cantidad abonada, no siendo de aplicación tampoco la regla de que no podrá estimarse hecho el pago por cuenta del capital mientras no estén cubiertos los intereses.

Tras abonar al ejecutante el principal, intereses y costas existe todavía el sobrante, este remanente se deberá entregar al ejecutado, a no ser que se haya decretado el embargo del sobrante por algún otro órgano jurisdiccional o administrativo o se haya acordado algún reembargo en cuyo caso se pondrá en conocimiento dicha circunstancia al órgano en concreto. (Art. 1.512.2 de la L.E.C.).

51

Rios Salmeron (6): "Privilegios del crédito salarial"
Madrid.Civitas 1984

No es de aplicación, como se vio en su momento, la regla del Art. 1.516.1º de la L.E.C. que disponía el pago de lo obtenido a los acreedores preferentes distintos de los ejecutantes, ya que los derechos de aquellos quedan protegidos con la subsistencia de sus anotaciones. Lo procedente por tanto es que todo lo obtenido se abona a los acreedores ejecutantes.

La Ley 10/1992 deroga este artículo e introduce el principio hipotecario de subsistencia de anotaciones preferentes (actual Art. 1.512.1º L.E.C.)

La regla general es la aplicación de las cantidades en el orden prelativo y por conceptos.

Si existe un sólo ejecutante laboral a él se le abonará todo lo obtenido, pagándole preferentemente el principal, luego los intereses si hay sobrante y por último las costas.

Si existen varios trabajadores en un sólo procedimiento y la cantidad obtenida es insuficiente se seguirán criterios de reparto proporcional dentro de cada concepto.

Si existen varios procedimientos Y éstos no han sido acumulados, será de aplicación lo dispuesto en el Art. 248 de la L.R.J.S. y la cantidad obtenida se abonará al procedimiento en el que primero se trabó el embargo y sólo si existe un sobrante tras ello se podrá aplicar a un procedimiento posterior ya que según lo dispuesto en el Art. 1.520 de la L.E.C. sin que esté reintegrado completamente el ejecutante del capital, intereses y costas de la ejecución no pueden aplicarse las cantidades obtenidas a ningún otro objeto que no haya sido declarado preferente, por auto resolutorio de la tercería de mejor derecho.

Los procedimientos de ejecución pueden estar acumulados, siendo otro supuesto que nos podemos encontrar.

C. Distribución entre varias ejecuciones acumuladas

El supuesto de hecho viene contemplado en el Art. 270 de la L.R.J.S y se produce cuando están acumuladas las ejecuciones seguidas contra un mismo deudor y son insuficientes los bienes embargados para satisfacer la totalidad de los créditos laborales ejecutados.

No estamos, ante el supuesto de varias ejecuciones no acumuladas, ya que en este caso la preferencia en el cobro la da la preferencia temporal en el embargo (Arts. 1.520 de la L.E.C. y 248 de la L.R.J.S).

Los inconvenientes derivados de la insuficiencia de lo recaudado tras la subasta han sido solucionados en muchas ocasiones con criterios de reparto proporcional, menos en el Derecho Español, aunque ya eran conocidos en los ordenamientos francés e italiano.

La Ley de Bases se preocupó de este tema, apuntado razones de justicia material que imponían soluciones de repartos proporcionales que paliasen los defectos de una aplicación estricta de la preferencia temporal en el cobro de lo

obtenido en ejecución, sobre todo cuando la obtención del título ejecutivo (sentencia, o conciliación) dependen de causas ajenas a la voluntad del trabajador y que pueden venir impuestas por la actitud del empresario o por motivos de funcionamiento del propio Juzgado de lo Social que podían perjudicar al ejecutante que por estos motivos solicita la ejecución más tarde, cuando ya antes otros compañeros han avanzado más en su ejecución y embargo.

Lo anterior imponía considerar conjunta e igualmente los créditos ejecutados con independencia de aspectos temporales en virtud del principio *par conditio creditorum*.

Hay que señalar, en primer lugar que los Arts. 270 y s.s. de la L.R.J.S se aplicarán no sólo al supuesto en que el Juzgado haya decretado una acumulación de las ejecuciones propiamente dicha, sino también en otros casos y que son:

- Cuando estemos ante una acumulación inicial de los autos de juicio desde la fase declarativa.

Ello ocurrirá cuando se haya hecho uso de los Arts. 29, 30 y 31 de la L.R.J.S ya que en este caso tendremos una única sentencia con varios trabajadores que posteriormente solicitaron la ejecución en un único escrito de ejecución.

- Cuando se haya decretado la acumulación de ejecuciones, tanto en el caso de la acumulación preceptiva del Art. 37.1º de la L.R.J.S. como cuando inicialmente se decretó la acumulación facultativa del párrafo 2º en la creencia de que los bienes embargados iban a ser suficientes para cubrir la cantidad total apremiada.

- Cuando varios demandantes presentaron una demanda conjunta. Este supuesto no lo contempla la L.R.J.S en los Arts. 29 y s.s. pero será de aplicación ya que nos encontraremos ante una única sentencia con varios trabajadores ejecutantes.

La mecánica del reparto del dinero obtenido obedece a tres criterios que son:

I. Soluciones de proporcionalidad en el reparto:

Entre los créditos concurrentes de igual grado (igual preferencia), se repartirán proporcionalmente las cantidades obtenidas, sin tener en cuenta ningún tipo de prioridad temporal. (Art. 271. 1º L.RJS).

2. Inaplicación de la preferencia temporal: no será de aplicación por tanto el Art. 248 de la L.R.J.S ni el 1.520 de la L.E.C. con lo que se considerará por igual a ejecutantes que hayan embargado, y también a los que no hayan embargado, siempre y cuando las ejecuciones estén acumuladas o sean acumulables y hayan obtenido auto de ejecución firme a su favor.

A los efectos de la acumulación hay que señalar que el Art. 270 de la L.R.J.S. está en íntima conexión con el Art. 37.1º del mismo texto ya que siempre que las cantidades obtenidas han sido insuficientes para cubrir los créditos se debería haber decretado con carácter obligatorio la acumulación preceptiva de las ejecuciones.

3. Respeto de las preferencias crediticias, determinadas en el Art. 32 del E. T. y su consiguiente interpretación jurisprudencial que equipara los salarios y las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo.

Los problemas de que se ejercita alguna preferencia por algún trabajador sólo pueden venir cuando se ejecuten y estén sin abonar salarios de los últimos 30 días de trabajo (Art. 32.1º del E. T.) y salarios ordinarios (Art. 32.3º del E. T.).

En estos casos lo primero que hay que abonar con lo que se obtenga en la subasta es el importe de estos créditos superprivilegiados al ser preferentes a cualquier otro crédito.

La situación normal en la ejecución será en la mayoría de los casos, que la empresa ejecutada en crisis deba a los trabajadores idénticos salarios, o si se quiere en terminología del Art. 271 créditos de igual grado o preferencia, no obstante puede ocurrir en alguna ocasión que algunos trabajadores «hayan llegado tarde a la realización forzosa del algún bien» y por tanto no hayan cobrado del Juzgado esos 30 días, con lo que en ese caso se deberá atender a estos productores por el importe de sus créditos superprivilegiados con preferencia a los otros ejecutantes.

Si llegado el caso el producto de la subasta no llega ni para cubrir el importe de estos créditos superprivilegiados, lo obtenido se distribuirá en proporción al importe de los créditos superprivilegiados de cada trabajador, teniendo en cuenta que en ningún caso podrán exceder del duplo del salario mínimo interprofesional.

Por lo que respecta a la preferencia especial refaccionaria de los créditos sobre los objetos elaborados por los trabajadores y la extensión jurisprudencial del pabellón industrial, la preferencia debe aprovechar a todos los ejecutantes laborales por igual, sin distinción basada en que unos trabajadores realicen tareas directamente productivas o sólo de ventas, dirección o distribución del producto, con lo que la suma se repartía proporcionalmente a la cuantía de sus créditos.

El procedimiento de distribución que contempla los Arts. 271 y s.s. de la L.R.J.S. ha venido a solucionar los tradicionales inconvenientes de la tercera de mejor derecho ya que como se vio ésta queda limitada a declarar «el mejor derecho» o el mejor rango del crédito del que la ejercita, con lo que de ser de igual preferencia el crédito en cuestión al del resto de los ejecutantes, no vería el tercerista prosperar su petición.

Con el procedimiento de distribución de la L.R.J.S. se permite que estos ejecutantes puedan cobrar sus créditos cuando sean del mismo rango que el resto de los que se ejecutan, situación que como he señalado es la que ocurre

en la mayoría de los casos, por lo que hubiera sido mejor que el Art. 271.2.º en vez de señalar «si alguno de ellos alegase preferencia» se hubiera expresado «si por alguno de los ejecutantes se alega preferencia o idéntico derecho a ser resarcido en condiciones de igualdad con el resto de los ejecutantes» situación esta última que será la normal por las razones ya apuntadas.

El incidente de distribución que prevé el Texto Articulado se compone de varias etapas:

1ª Etapa - Si ninguno de los trabajadores alega preferencia es el Juzgado el que efectúa el reparto proporcional.

Aunque no lo indica la L.R.J.S nada impide que sean todos los ejecutantes los que de acuerdo presenten un proyecto de reparto que entiendo deberá ser aprobado por el órgano ejecutor.

2ª Etapa -Si alguno de los ejecutantes alega preferencia o créditos de igual grado, se da comienzo al denominado incidente de distribución que está presidido por el criterio de primar la voluntad de las partes y sólo en caso de desacuerdo acudir a la subsidiaria decisión judicial.

En este caso los acreedores podrán presentar una propuesta de reparto, y si no lo hacen es el Juzgado que les requiere para que la aporten en un plazo que se les fije. Si se presenta la propuesta común de distribución por todos los ejecutantes, entiendo que el órgano judicial la debe aprobar inmediatamente, (exigiéndose sólo la puesta en conocimiento del ejecutado y del FOGASA sin que sea necesario que presten su conformidad.

Mi opinión es que el FOGASA sólo puede presentar una propuesta de distribución u oponerse a la formulada cuando su actuación en la ejecución sea similar a la de un ejecutante por haber abonado anticipadamente los créditos y haberse subrogado en los mismos (Art. 33.4º del E. T. y 24 de la L.R.J.S.) a no ser que en la propuesta del reparto, parte del dinero vaya dirigida a diferentes acreedores de los laborales, con lo que en ese caso sus obligaciones ex Art. 33 del E. T. se verían aumentadas y por tanto tendría legitimación para, impugnar dicho reparto.

Si no se presenta una propuesta común de todos los ejecutantes o las propuestas de los diferentes ejecutantes no son coincidentes, se abre el paso a la decisión judicial, en la que el Magistrado dicta una providencia fijando los criterios de distribución y ordena al Secretario que practique una diligencia de distribución que concrete las cantidades correspondientes a cada trabajador (Art. 271.3º).

Una vez más se observa la mentalidad del legislador hacia el Secretario, auténtico motor y director de la ejecución al que literalmente se degrada en este precepto el papel de contable, cuando paradójicamente en el Art. 260 se le hace auténtico liquidador de las empresas en crisis.

Será el Secretario el que en la práctica y como conocedor de la «historia de la ejecución» fije los criterios de distribución y concrete las cantidades o confíe esta última tarea al Oficial.

De la propuesta formulada por alguno de los ejecutantes se da traslado a los trabajadores no proponentes.

En el caso de que haya sido el Juzgado el que fijó el reparto se trasladará éste a todos los ejecutantes.

Además la propuesta se pondrá en conocimiento del ejecutado y del FOGASA si este organismo actúa como subrogado. Fuera de este último caso sólo será relevante la conformidad de los ejecutantes.

3ª *Etapa* -Es posible que la propuesta sea impugnada por alguno de los ejecutantes o el FOGASA (si actúa ex Art. 24 de la L.R.J.S), el plazo para combatir el reparto es de 3 días, análogo al del Recurso de Reposición ya que como se ha visto si la propuesta es la judicial el plazo para recurrir en reposición será de 3 días.

Transcurrido el plazo de 3 días sin impugnación (entiendo que en cualquier caso será por escrito y debidamente razonada) se aprobará la propuesta común o la diligencia de distribución judicial.

Si se impugna el reparto, el Juzgado cita a una comparecencia que sigue persiguiendo principalmente el acuerdo entre los ejecutantes, la Ley exige la citación de todos los interesados con lo que inexplicablemente se deberá citar a todos los ejecutantes, al FOGASA y al ejecutado. .

No imagino a otro posible interesado, como no sea algún acreedor no laboral que haya podido ser incluido, en la propuesta de reparto impugnada, o también por ejemplo un acreedor laboral posterior no acumulado, que por tanto en principio puede verse afectado por el reparto.

Existe la posibilidad de tener por conformes a los ejecutantes que no comparezcan sin causa justificada (Art. 273.1º), lo que presenta alguna dificultad si sólo comparece un ejecutante ya que en ese caso no puede hablarse de «acuerdo».

Si no comparece ningún ejecutante se deberá aprobar la propuesta inicial o la diligencia de distribución provisional.

Si en la comparecencia se logra un acuerdo de distribución, se podrá aprobar en el mismo acto. Si existe desacuerdo, se deberá dictar auto en el que se resolverán las cuestiones planteadas, respecto a la preferencia o igual rango invocadas y se establecerá la forma de distribución (Art. 273.2º).

D Momento preclusivo para tomar parte en la distribución

Las ejecuciones en las que concurren varios ejecutantes ofrecen un aspecto dinámico, ya que durante un largo espacio de tiempo se suelen presentar varias ejecuciones en distintos momentos al no obtenerse las conciliaciones y las sentencias a ejecutar el mismo día, a lo que se une que muchas veces los

trabajadores van agrupados y representados por Sindicatos y profesionales distintos.

Así puede ocurrir que en el momento de la distribución de las cantidades, obtenidas en la subasta se sigan presentando escritos de ejecución, con lo que de no fijar un momento preclusivo para participar en el reparto, la distribución de las cantidades sería imposible.

El Art. 274 LRJS, ha querido fijar ese momento en el instante en el que «se obtienen las cantidades a repartir» al señalar que pueden participar en el reparto los que, hasta el momento de obtenerse las cantidades a repartir ostenten la condición de ejecutantes de los procesos acumulados, con auto firme despachando ejecución a su favor.

El momento de obtención de la cantidad a repartir debe ser el que viene determinado por la consignación en la cuenta del Juzgado del precio de adquisición.

El ejecutante para beneficiarse del reparto debe reunir estos requisitos en el momento del pago del precio:

- Debe tener dictado auto despachando ejecución y además dicha resolución debe ser firme. Ciertos autores criticán juiciosamente el que se exija una resolución y además firme cuando lo más justo hubiera sido pedir sólo la existencia de un título de ejecución a su favor y firme o en todo caso exigir la solicitud de ejecución, sobre todo cuando la obtención de la resolución (auto de ejecución firme) puede depender de causas ajenas a la voluntad del ejecutante como puede ser el exceso de trabajo del órgano ejecutor.

Por otro lado si algún otro ejecutante o el ejecutado impugna el auto en actitud dilatoria, el Juzgado debería rechazar dicha actuación abusiva y fraudulenta (Art. 77 LRJS de la L.P.L.).

- Las ejecuciones deben estar acumuladas, así nos lo indica el Art. 274 y el Art. 270 ya que en otro caso la aplicación de lo obtenido sería para el primer ejecutante (Arts. 1.520 de la L.E.C. y 248 de la L.R.J.S.).

Aunque su ejecución no esté acumulada se podrá participar en el reparto si el ejecutante ha solicitado el incidente de acumulación de ejecuciones (Arts. 39.1º y 41 de la L.R.J.S.) antes de la obtención de las cantidades ya que de conformidad con lo previsto en el Art. 40 del Texto Articulado, dicho incidente suspende las actuaciones relativas al pago a los ejecutantes de las cantidades obtenidas con posterioridad al planteamiento de dicho incidente.

No obstante, entiendo que dicho ejecutante, si no solicitó la acumulación, no puede verse perjudicado, al ser preceptiva la acumulación (Art. 39.1º L.R.J.S) por lo que el órgano judicial debería considerarlo en el reparto, al tener que haber dictado de oficio la acumulación, exigiendo por tanto únicamente el auto de ejecución firme a su favor nada más.

Para los ejecutantes que obtengan el auto de ejecución después de la obtención de la cantidad, no será de utilidad la posibilidad de solicitar la

acumulación de las ejecuciones hasta la declaración de insolvencia ya que aunque se decrete la acumulación (Art. 43 L.R.J.S) no podrán participar en el reparto al haber transcurrido el momento preclusivo comentado.

La consecuencia de todo este incidente de distribución y del consiguiente reparto proporcional es que se protege a todos los ejecutantes con independencia de su diligencia y rapidez en instar la ejecución, claro está siempre que lo hagan antes del pago del precio, lo que es relevante ya que muchas veces se beneficiarán del trabajo previo de otros ejecutantes en la búsqueda de bienes, depósito, conservación y peritación de los mismos, ya que aunque la ejecución se realiza a instancia de parte (Art. 239.2º), la realidad nos muestra como la colaboración del ejecutante en el apremio es fundamental ya que tanto las diligencias averiguatorias de bienes del ejecutado, el mismo embargo en localidad distinta del Juzgado y la peritación y depósito de los bienes dependerán en muy buena medida de la diligencia y rapidez del ejecutante o sus representantes dado la falta de medios del Juzgado y considerando que el depósito y la peritación institucional del Art. 251 no pasa de ser una mera declaración de intenciones vacía de contenido real.

Un consejo de tipo práctico conveniente para evitar el tener que dictar continuos autos de acumulación de las ejecuciones, cada vez que se presente una nueva ejecución frente al mismo ejecutado es que se reúnan y se acumulen los procesos de ejecución después del acto de la subasta y antes del pago del precio.

Tras la exposición del incidente de distribución examinado es cuando mejor se comprende la diferencia de este incidente con la tercería de mejor derecho que regula el Art. 275 de la L.R.J.S.

Mientras los legitimados para promover el incidente de distribución de los Arts. 271 y s.s. son los ejecutantes de las ejecuciones acumuladas y el FOGASA cuando actúa como subrogado, la tercería del Art. 275 sólo la pueden promover en principio los acreedores no laborales del ejecutado y los ejecutantes que tengan la condición de terceros por no ser ejecutantes en los autos acumulados, es decir trabajadores con ejecución frente al mismo ejecutado pero no reunidos en los autos acumulados y por tanto sin derecho en principio a participar en el reparto.

Además en la tercería del Art. 275 los trabajadores no acumulados sólo podrán hacer valer su derecho si éste es de mejor rango no si es de igual preferencia, cosa rara en las ejecuciones sociales, con lo cual mi consejo es que si quieren percibir parte de sus créditos soliciten la acumulación de ejecuciones, en lugar de ejercitar la tercería.

La liquidación de intereses

La cuantificación de los intereses es tarea normal y frecuente del proceso de ejecución ya que se parte de una sentencia o conciliación que no se cumple

voluntariamente y el consiguiente retraso en su abono debe ser compensado con el cálculo de los intereses.

En el proceso laboral los intereses generados desde que se dicta la sentencia por el Juzgado hasta que ésta se cumple, se deben de conjugar con otro tipo de interés que debería venir determinado ya en el título ejecutivo y que corresponde desde siempre a los créditos salariales y que se contempla en la actualidad en el Art. 29.3° del E. T.

Por tanto es preciso apuntar en primer lugar que hay diferentes clases de intereses y que éstos obedecen a criterios distintos y que por tanto presentan perfiles distintos; así hay que distinguir los intereses del Art. 576 de la L.E.C., los regulados en el Art. 45 de la Ley General Presupuestaria y por último los contemplados en el Art. 29.3° del Estatuto de los Trabajadores.

De los tres tipos de intereses, sólo en los dos primeros se encomienda su cuantificación al Secretario ya que los del E.T. por deber cuantificarse en la sentencia, corresponde su concreción al Magistrado, aunque la práctica nos indica que la condena a éstos es genérica, lo que ocasionará problemas en la fase de ejecución, en gran parte debidos a la indeterminación de la norma y a la fluctuación de la jurisprudencia.

A Plasmación procesal de los intereses

El legislador, siguiendo fiel a la idea de "Secretario-contable» encomienda a este fedatario la liquidación de estos intereses.

Con toda seguridad el redactor de la L.R.J.S. pensó en que dicha liquidación era nada más el resultado de una mera operación automática, así en muchas ocasiones como *lo* demuestran los innumerables recursos provocados en gran parte por la indefinición de las normas que no se preocupan de fijar con claridad cuál es el día inicial y final de cómputo para el cálculo de los intereses, así como por la imprecisión en la redacción de los preceptos reguladores y la frecuente indeterminación en la sentencia de los intereses reconocidos en virtud del Art 29.3° del E.T.

El devengo y pago de los intereses es cuestión trascendental en el proceso de ejecución y ello por dos razones:

la primera es que normalmente transcurre bastante tiempo, desde que se dicta la sentencia del Juzgado hasta que se resuelve el recurso de Suplicación y la segundo es la «tradicional tardanza» del ejecutado, aunque no haya recurso, en abonar la cantidad principal.

No obstante, el que la inmensa mayoría de las empresas ejecutadas sean insolventes impedirá el que sea necesario el efectuar la liquidación de intereses. Además en las ocasiones que se obtenga dinero tras la ejecución el pensar en aplicar un posible sobrante al pago de los intereses, es en muchos casos algo más que un ejercicio de buena voluntad dado las Cantidades obtenidas en subasta.

Por estas razones tanto la liquidación de intereses como la tasación de costas sólo se practicará en los casos de que los bienes embargados sean suficientes para cubrir los créditos y en el caso de empresas solventes y con un patrimonio a la vista y también y por último a los organismos públicos dado la natural tardanza en el pago de sus obligaciones reconocidas en sentencia.

El momento procesal en el que se debe efectuar el cálculo de los intereses es según lo dispuesto en el Art. 269.1º una vez que se haya abonado el importe principal bien por el ejecutado, bien por el órgano judicial tras la venta judicial u otra forma de ejecución (retención del saldo de la cuenta, transferencia del crédito del 3º a favor del ejecutado, etc.).

La causa de que se deba hacer en ese momento es que tanto el Arto 576 de la L.E.C. como el 45 de la L.G.P. establecen que los intereses se devengan hasta el día del pago del principal, con lo que si se hizo una tasación anterior al pago habrá sido inútil ya que se deberá hacer una complementaria a la anterior.

Por lo que respecta a la forma procesal de la cuantificación de los intereses, el Art. 269.1 de la L.R.J.S. se refiere a ella con la expresión diligencia de liquidación. Hay que observar que los Arts. 245, 280, 288 Y 290 de la L.O.P.J. no recogen esta figura ya que el Secretario además de adoptar diligencias de ordenación y propuestas de resolución, realiza otras actuaciones denominadas actas, diligencias y notas pudiendo ser las diligencias sólo de constancia, de ordenación, de comunicación o de ejecución (art 280.2º de la L.O.P.J.) y está claro que la que se refiere el art 269 de la L.R.J.S. no esde ninguna de estas clases.

Las opciones con las que se encontrará el Secretario son las siguientes.

- Hacer una diligencia de liquidación independiente y notificar si surge en el modo en que se pueda recurrir dicha diligencia. La única salida será considerar la liquidación como si se tratase de una diligencia de ordenación, en cuyo caso la cuestión es si se puede admitir que el Magistrado puede revisarla de oficio.

La forma de impugnarla por las partes si damos por bueno lo anterior será por escrito motivado en el día siguiente a su notificación y el Magistrado resolverá de plano, salvo que considere necesario dar traslado a la parte contraria para que en el plazo de dos días alegue lo conveniente, debiendo dictarse en este caso la providencia resolutoria en el plazo de una audiencia (Arts. 289 de la L.O.P.J y 54.3º de la L.R.J.S.).

-La otra opción es que el Secretario efectúe una liquidación de intereses, incorporando su cuantificación a una propuesta de providencia o de auto que se notificará conjuntamente con la liquidación anexa a la resolución. La ventaja de esta fórmula es que en la resolución se podrán razonar jurídicamente si ello es preciso los criterios de la cuantificación.

- Si el Magistrado no conforma la providencia el problema es que deberá ser él el que cuantifique los intereses (Arr. 246 de la L.O.P.J) en una función que por los menos *ab initio* no le corresponde.

Si se utiliza esta segunda opción el modo de impugnar la cuantificación será el recurso de reposición frente a la providencia o el auto.

En aras de la economía procesal se posibilita que la liquidación de intereses y la tasación de costas se haga conjuntamente, pudiendo acumularse su tramitación si se impugnasen ambas operaciones. (Art. 269.2º de la L.R.J.S.).

B Intereses del artículo 576 de la L.E.C.

Nos encontramos ante unos intereses cuya finalidad es el evitar al demandante los perjuicios derivados de la tardanza en el cobro de la cantidad reconocida en la resolución judicial o acto de conciliación, por la tramitación del recurso interpuesto por la condenada o por el mero retraso del deudor en cumplir su obligación aún sin existir recurso.

Por venir impuestos en una disposición legal se devengan *ex lege*, sin necesidad de petición del beneficiario, [sentencias del Tribunal Constitucional de 10 de diciembre de 1985 y del Tribunal Supremo del 2-4-87 (Sala 6ª) y 26-11-87 (Sala Iª).

El Art. 576 de la *LEC*, establece el abono de estos intereses pudiéndose destacar de este precepto:

- Se considerará cantidad líquida los intereses de una cantidad determinada, cuando se haya fijado en la sentencia el tanto por ciento o tipo y el tiempo por el que deben abonarse.

Esto último es, importante ya que muchas sentencias de cantidad sólo condenan al 10% de interés por mora sin concretar la suma con lo que al menos sería conveniente señalar desde cuando se devenga el interés del Art. 29 del E. T.

- El día inicial del cómputo del devengo es el día en que se dicta la sentencia en primera instancia, en lo social será el día de la sentencia de instancia.

Los intereses se devengan hasta que la sentencia sea totalmente ejecutada, es decir hasta el día del pago de la cantidad, por lo que si se producen pagos parciales se deberá de hacer una liquidación inicial por la suma parcial hasta dicho pago y otra tasación posterior desde el primer pago parcial hasta el posterior pago completo.

En el proceso laboral es oportuno señalar para evitar él devengo de más intereses, que es conveniente que el condenado pague inmediatamente tras la notificación de la sentencia de la Sala de lo Social y ello aunque haya consignado en la cuenta del Juzgado el importe de la condena ya que suele transcurrir un período largo desde que la Sala resuelve el recurso hasta que se

devuelven los autos al Juzgado, devengándose en ese período más intereses, con lo que la única manera de evitar esa prolongación es pagar al beneficiario.

- El interés aplicable es el legal del dinero incrementado en dos puntos, o el que corresponda por pacto de las partes o disposición especial. Si han transcurridos varios años el interés legal puede ser variable al venir fijado para cada año.

Merece interés la expresión o el interés que corresponda "por disposición especial" lo que induce a algunos autores a opinar que en el proceso laboral y considerando Ley especial al Art. 29.3° del E. T. el interés será el 10% tratándose de salarios. No comparto esta opinión ya que las sentencias que se cumplan del tema no hacen este distingo y entiendo que el interés del Art. 576 de la LEC, obedece a otros perfiles que el que contempla el E.T.

- En los casos de que tras el recurso la sentencia fuese revocada parcialmente, la Sala resolverá conforme a su prudente arbitrio, razonándolo al efecto lo que obligará a la Sala de lo Social a un pronunciamiento expreso sobre dicho extremo.

El Tribunal Supremo, ha estudiado ampliamente este precepto.

Se pueden apuntar los siguientes puntos doctrinales y jurisprudenciales:

- Es la dilación que representan los trámites hasta la ejecución, el único presupuesto condicionante de la efectividad y cuantía del derecho, sin que quepa entrar en valoración de conductas.

- Muchas veces, se ha combatido por el condenado el pago de los intereses considerando que no proceden al ser preceptiva en el proceso laboral la consignación del importe de la condena para recurrir.

A ello también se ha contestado por los Tribunales del orden social señalando que la obligación específica de consignar la condena no altera la esencia del problema en el orden laboral y por tanto no conduce a, la exención del pago de los intereses, pues una cosa es la consignación, constitutiva de garantía de efectividad de los derechos reconocidos en la ejecutoria y otra, bien distinta, el derecho de resarcimiento de unos quebrantos, ajenos, efectivamente, a los propósitos de la recurrente, pero *cuyo* derecho se instituye, sin discriminación, como reza la norma, para todas las resoluciones recaídas en cualquier esfera jurisdiccional.

No se puede reducir el tiempo de devengo de intereses al que resulta del cumplimiento de los plazos rigurosos para evacuar los trámites de los recursos, pues, si bien la dilación ha sido superior en mucho a lo que aquéllos representan y aún cuando a la misma son ajenos también partes y órganos judiciales, es preciso actuar la norma, que sin excepciones ni matizaciones, habla de de vengo de intereses desde que la resolución se dictara hasta que sea totalmente ejecutada sentencias del T. C. T. de 30-3-87, 1-4-87, 19-5-87 y 26-5-87).

El depósito del importe de la condena es una caución ordenada a la efectividad de la ejecución de la sentencia en favor de quien merece una especial tutela, mientras que el incremento del fallo de condena al pago de cantidad líquida ordenado en el Art. 576 de la L.E.C. tiene por finalidad que la realidad de una condena no quede cercenada por el transcurso del tiempo (Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de octubre 1989, 25 de octubre 1989 y 1 de marzo de 1990).

Obviamente también se ha combatido el pago de estos intereses argumentando que el trabajador podía haber hecho uso de la ejecución provisional y haber obtenido un anticipo reintegrable del importe de la condena. Los argumentos esgrimidos son peregrinos a pesar de la amplitud con que se contempla la concesión del anticipo en la nueva L.R.J.S. ya que en cualquier caso la cantidad anticipada sólo podría alcanzar el 50% de la condena (Art. 289.2º), ignorándose lo que se tardaría en la percepción del anticipo, además de que no resulta aceptable obligar al trabajador a hacer uso de una ejecución provisional que en principio es facultativa.

Debo señalar por último que en el proceso civil también cabe la ejecución provisional (Art. 385 de la L.E.C.) y ello no impide que se devengue los intereses del Art. 576 de la L.E.C.

- El pago de intereses al no haber sido discutido en el pleito ni decidido en la sentencia, ya que precisamente trae causa de la misma, es un extremo a resolver en la ejecución y no ajeno a este trámite (Sentencias del T.C.T. de 24-3-84 y 29-1-85 Y auto de 10-7-84).

- La fecha desde la que se devengan los intereses es la del día en que se dictó la sentencia y no la de su notificación (Sentencia del T.C. T. de 10-3-87).

La obligación surge nada más desde que la cantidad esté precisa y por tal directamente determinada en cantidad líquida y exigible (Sentencia del T.C. T. de 28-5-87).

-A diferencia del Art. 29.3º del E.T. en el interés del Art. 921 de la L.E.C. no cabe entrar en valoración de conductas.

- El interés anual que establece el Art. 576 de la L.E.C. procede tanto si la condena fue impuesta por sentencia, como por auto ya que el párrafo 5.º del Art. 576 de la L.E.C. habla de «todo tipo de resoluciones judiciales, (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1990).

Los intereses se devengan desde la fecha del auto que fijó la indemnización y la cuantía de los salarios de tramitación (Sentencias del T. Supremo de 29-6-89 y del T.C.T. de 7-4-87)

- Los intereses adeudados producen también interés por demora, de tal forma que liquidados los intereses del Art. 576 de la L.E.C. en una determinada fecha y reclamados devengan a su vez si no son pagados otros correspondientes intereses desde que se abona la cantidad principal hasta que se hace el pago

de los intereses ya que de conformidad con el Art. 1.173 del Código Civil, no cabe estimar hecho el pago total, hasta que se hubieran satisfecho los intereses, pues lo contrario supondría un injusto enriquecimiento para quien, prevaliéndose de los recursos, dilata el pago de la deuda en perjuicio de su contrario, al recurrir la liquidación de intereses practicada (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 11 de octubre de 1990 ponente ilítm. Sr. D. Ramón Ruiz Jiménez).

- Estudiando y comparando los intereses del Art. 29 del E. T. y los que nos ocupan la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 17 de octubre de 1990 los caracteriza de una forma muy clara y comprensiva al señalar «Los intereses regulados en el Art. 576 de la L.E.C. y 45 de la Ley General Presupuestaria se devengan *exige*, con abstracción de cualquier valoración de la conducta del deudor en orden a calificar su posible culpabilidad, sin que sea necesario que en la sentencia se haga una condena expresa a los mismos.

C.Los intereses del artículo 45 de la Ley Presupuestaria.

El propio Art. 576 de la L.E.C. se preocupa de añadir al final que la aplicación de los intereses señalados se efectuará en cualquier tipo de resolución judicial de cualquier orden jurisdiccional... salvo «las especialidades previstas para la Hacienda Pública por la Ley General Presupuestaria). Por tanto cuando estemos ante condenas líquidas a la Administración Pública el precepto de aplicación no será el Art. 576 de la L.E.C., sino otros contemplados en la L.G.P., que más que recoger una especialidad, vienen a establecer en la práctica una exención en el abono de intereses para los organismos públicos dados los estrictos requisitos y limitaciones que vienen exigidos para que se produzca dicho devengo.

Los preceptos básicos de la Ley General Presupuestaria respecto al devengo de intereses son los siguientes:

Art. 36.2º: El interés de demora se determinará aplicando el tipo básico del Banco de España vigente el día en que venza el plazo señalado en el párrafo 1.º (que hace referencia al día siguiente del vencimiento de la obligación).

Art. 45: Si la Administración no, pagara al acreedor de la Hacienda Pública dentro de (os tres meses siguientes al día de la notificación de la resolución judicial o del reconocimiento de la obligación, habrá de abonarle el interés señalado en el Art. 36 párrafo 2º de esta Ley, sobre la cantidad debida, desde que el acreedor reclame por escrito el cumplimiento de la obligación.

Estos intereses al ser de la misma naturaleza que los del Art. 576 de la L.E.C. como lo demuestra su inclusión en idéntico precepto, participan de las características ya apuntadas como su devengo *ex lege*, con abstracción de cualquier valoración de la conducta del organismo público, y la no necesidad de que en la sentencia se haga una condena expresa a los mismos.

Esta concesión y liquidación de oficio de estos intereses se observa en las sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 29 de febrero de 1992, en la de

la Sala 2ª de 28 de febrero de 1992, así como en la de la Sala 4ª de 20 de enero de 1993 y en la sentencia del Tribunal Constitucional 167/85, de 10 de octubre y los autos de ése órgano 572/1986, de 2 de julio y 1082/1986, de 12 de diciembre.

Por este motivo no es necesario tampoco que el acreedor reclame expresamente estos intereses, bastando para cuantificar los que se haya solicitado la ejecución solamente.

Ahora bien, éstas y sólo éstas son las únicas notas comunes del interés del Art. 45 de la L.G.P. y del 576 de la L.E.C: ya que entre ellos existen unas fuertes diferencias que son las siguientes:

I. Se establece un plazo de gracia a la Administración para que cumpla la sentencia y que es de 3 meses desde la notificación de la sentencia. Este plazo no existía en el Art. 576 y pudiera suponer si la Administración actuase diligentemente el que nunca tuviera que abonar intereses.

Es de resaltar además que el plazo de tres meses comienza a contar desde la notificación de la sentencia u otra resolución judicial, en cambio el Art. 576 establecía el día inicial en el día que se dictó la sentencia con independencia de su notificación.

Por otro lado y ello es fundamental, si ha habido recurso el plazo de 3 meses se entiende que se computa desde la firmeza de la sentencia; así lo entiende la doctrina y jurisprudencia, no pudiendo ser de otro modo ya que el Art. 45 comienza diciendo «si la Administración no pagara», obligación de pago, que sólo surge en caso de recurso frente a la sentencia desde que ésta es firme.

La exigencia de que la resolución judicial sea firme, ha aparecido en algunas sentencias del Tribunal Supremo, como por ejemplo las de 22 de enero de 1986, 10 de marzo de 1986 y en el auto del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 16 de febrero de 1990. A la misma conclusión parece apuntar el art 43 de la Ley General Presupuestaria cuando señala que las obligaciones de pago sólo son exigibles de la Hacienda Pública, cuando resultan de sentencia judicial Firme, y el art 104 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cuando afirma que sólo cuando la sentencia es firme, es comunicada por la Sala de lo Contencioso para que se ejecute cumplidamente.

El anterior razonamiento puede decaer en algún caso muy concreto como pudiera ser el supuesto en el que la Administración recurriese una resolución (providencia o auto) dictado en la fase de ejecución que se debería cumplir con independencia del recurso (Art. 246.1º de la L.RJS) siempre y cuando el Juzgado o la Sala no entendiera que se debiera suspender la ejecución. Como digo en este peculiar caso, pudiera pensarse que el plazo de 3 meses comienza el día siguiente al dictarse la resolución, sin necesidad de esperar a su firmeza.

Esta especie de plazo de gracia de 3 meses impide que se aplique el Art. 45 de la L.G.P. en el caso de que éste no haya transcurrido.

Este requisito de la firmeza de la sentencia es criticado, por un sector de la doctrina, señalando en primer lugar, que el tenor literal del art 45 de la Ley General Presupuestaria no impone expresamente la firmeza de la resolución judicial ya que dice simplemente «día de notificación de la resolución judicial" no de la resolución judicial firme.

En segundo lugar, para éstos una cosa es que la realización del pago por la Hacienda, requiera desde el punto de vista legal-presupuestario como regla la sentencia judicial «firme», pero que de ello no se puede derivar ninguna razón, para que la firmeza de la resolución judicial se eleve a requisito para el devengo de intereses procesales a cargo de la Administración Pública.

Concluyen diciendo que, si es finalidad de los intereses procesales compensar al acreedor triunfante en el proceso, disuadir de recursos infundados o con pocas expectativas de prosperar y estimular el pronto cumplimiento de las resoluciones Judiciales, estas finalidades alcanzan a los órganos públicos, cuando son partes en un proceso, en medida exactamente igual, que a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas litigantes.

2. Es diferente también el interés a aplicar ya que el del Art. 45 de la L.G.P. es menor al establecerse el interés básico del Banco de España vigente el día siguiente al que se debieron abonar las cantidades reconocidas en la resolución judicial.

El interés a aplicar debe ser por tanto no el vigente en el momento que se dictó la resolución judicial, sino el que estaba vigente el día siguiente al que se devengaron las cantidades recogidas en la resolución que pueden ser distintos de mediar más de un año entre dichas fechas.

3. El interés del Art. 576 de la L.E.C. se devenga desde que se dicta la sentencia de instancia, el del Art. 45 L.G.P. es exigible nada más desde que el demandante reclama por escrito el cumplimiento de la obligación.

Por tanto el trabajador podrá instar la ejecución respecto del principal e incluso solicitar los intereses del Art 45, pero éstos sólo se devengarán en el caso de que transcurran 3 meses desde la notificación de la sentencia o resolución judicial firme, con lo que habrá que esperar para ver si proceden los intereses a que transcurra dicho plazo, si ello ocurre así se deberán cuantificar los intereses devengados desde la solicitud de ejecución, pero si la Administración abona el principal antes de dicho plazo no habrá lugar al pago de interés alguno.

Así puede ocurrir que el organismo público abone el principal después de 3 meses desde la notificación de la resolución de condena pero si el demandante no solicitó la ejecución antes de dicho abono no podrá reclamar los intereses ya que éstos se devengan desde la solicitud de ejecución hasta el abono del principal.

Por su interés y claridad reproduzco unos párrafos de las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que explican el funcionamiento de los intereses del Art. 45 de la L.P.G.P:

"Si han transcurrido tres meses desde la notificación de la sentencia firme que reconoce las cantidades sin abonarlas, estos intereses se devengan con el

interés básico del Banco de España del día siguiente al que debieron ser abonados; a partir del momento en que los actores instaron la ejecución» (Sentencia de 17 de octubre de 1990).

«El interés se devengará a partir del momento en que los actores instaron la ejecución, siempre que hubieran transcurrido tres meses desde la notificación de la sentencia de esta Sala, o en su caso, a partir de entonces. Desde luego que la formulación del criterio puede ser más directo: en todo caso sólo se devengan intereses una vez transcurridos tres meses desde la notificación de la sentencia. La enunciación de la regla responde a la intención de dar validez a la ejecución instada antes del transcurso del plazo.

La justificación del criterio adoptado es la siguiente: el plazo de tres meses es un período de pago voluntario concedido por la Ley a la Administración. Su naturaleza es de un privilegio administrativo en cuya justificación no se puede entrar. Si la Administración no paga se abre la posibilidad de ejecutar forzosa a instancia del ejecutante, momento en que se inicia el devengo de interés» (Sentencia del Tribunal Superior de 24 de mayo de 1991).

Algunas sentencias del Tribunal Supremo han señalado que se debe producir una Interpelación expresa a la Administración condenada, requerimiento expreso y diferente de la solicitud de ejecución e incluso afirmando que sólo cabe efectuarla una vez haya transcurrido el plazo de tres meses.

En este sentido lo trascendente además del formalismo de la interpretación, es que los intereses, en cualquier caso, no se devengarían antes de transcurridos esos tres meses (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de 7 de febrero de 1990, R.A. 840 Y de la Sala 3ª de 23 de mayo de 1991. R.A. 4.185).

Estimo que el día inicial del devengo de intereses debe ser el del día de la solicitud de ejecución y no otro posterior y condicionado a un requerimiento ya que el escrito de ejecución cumple esa finalidad. Además el Art. 45 de la L.G.P. señala nada más "desde que el acreedor reclama por escrito el cumplimiento de la obligación", sin exigir otro formalismo adicional, por el *otro* lado no muy ajustado a una ejecución como la laboral, que se tramita de oficio, dictándose al efecto las resoluciones y diligencias necesarias y que sin necesidad de petición expresa del ejecutante, obliga al Secretario Judicial a practicar la oportuna liquidación de intereses (arts. 239.2º y 269.1º de la L.RJS.).

Como se ha visto, la necesidad de que la sentencia o resolución sea firme y que los ejecutantes deban solicitar la ejecución, momento en el cual empieza el devengo de interés, unido todo ello al transcurso de tres meses desde la firmeza hace que en la realidad el período de intereses del Art. 921 de la L.E.C. correspondiente a la tramitación del recurso que es el que incrementa la cantidad de intereses y muchas veces frena, al condenado en su intención de recurrir, quede *muy* vacío de contenido.

No obstante y en el caso de una tardanza excesiva en el cumplimiento de la sentencia, el devengo de intereses puede ser más efectivo que las medidas

contempladas en el Art. 285 de la L.R.J.S. para hacer cumplir las condenas a los organismos públicos.

La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 6 de noviembre de 1993, dictada en unificación de doctrina y revocando la dictada por la Sala del País Vasco, establece una curiosa doctrina en cuanto a los titulares del beneficio del art 45 de la L.G.P. que es de especial trascendencia.

La sentencia afirma que el art 576 de la L.E.C. dispone literalmente: «salvo las especialidades previstas para la Hacienda Pública por la Ley General Presupuestaria», por lo que de forma clara, a la vista de la dicción literal de este precepto, resulta que la única entidad exceptuada de la aplicación de la regla general de los intereses del art. 576 de la L.E.C. es *la Hacienda Pública, y sólo ella*, de lo que se deduce que en esta excepción no están comprendidas las Diputaciones, tanto provinciales como forales.

Los razonamientos para llegar a esta conclusión son varios.

En primer lugar, la sentencia señala que el artículo 2 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria establece, "la Hacienda Pública, a los efectos de esta Ley, está constituida por el conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico cuya titularidad corresponde al Estado o a sus Organismos Autónomos». De ello se deduce la no inclusión de la Diputación en el concepto de Hacienda Pública.

En segundo lugar, cita la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 5 de febrero de 1990 (RJ 1990, 854) que determina que la salvedad que se establece en el art 576 de la L.E.C. se refiere a «la Hacienda Pública y no a las Haciendas Locales, resultando los Ayuntamientos, como cualquier otro litigante, con excepción del Estado, obligados al pago de dos puntos por encima del interés legal que el citado precepto señala". A continuación hace referencia a las diferentes características y naturaleza subjetiva de ambas Haciendas y a la idéntica postura adoptada por la sentencia de esa Sala de 27 de marzo de 1990 (RJ 1990).

Por último, la sentencia concluye con un argumento interesante, la imposibilidad de que la Diputación foral, ni cualquier otra Administración Autónoma o Local, regule estos intereses procesales de forma distinta a la que recoge el art 576 de la L.E.C. En este sentido, la sentencia literalmente señala: «... en el presente caso, como casi siempre acontece, la cuestión se suscitó en el ámbito de un proceso judicial, al llevarse a efecto la ejecución de la correspondiente sentencia. Se trata, por consiguiente, de una materia propia de la "legislación procesal", sobre la que tiene competencia exclusiva el Estado según el art 149.1º, regla 6ª de la Constitución Española, y por ello las Comunidades Autónomas, de las Diputaciones Forales o cualesquiera otras entidades carecen de potestad o facultades para establecer la regulación de la misma."

D El interés del artículo 29.3º del Estatuto

El interés por mora en el pago de salarios que fija el E. T. contrasta con el que con anterioridad señalaba el Art. 75.3º de la Ley de Contrato de Trabajo que permitía un amplio margen de libertad al Magistrado para fijarlo teniendo en cuenta el importe de la remuneración, cargas familiares del trabajador, y causas que hubieran motivado el retraso, si bien no podía exceder por cada año de la mitad de los salarios dejados de percibir.

Parece una contradicción traer a colación en la fase de ejecución el interés del Art. 29.3º del E. T. ya que en principio debe fijarse en la sentencia y cuantificarlo exactamente, con lo que en este caso pasaría a engrosar como cantidad líquida el importe principal.

No obstante la práctica nos indica que las cosas no ocurren así y normalmente las sentencias sólo recogen un pronunciamiento genérico de la condena a estos intereses. Señalando únicamente que procede, asimismo el abono del interés por mora del 10%, con lo cual es en la ejecución donde se debe cuantificar.

Esta práctica habitual en los Juzgados parece que choca en principio con lo dispuesto en el Art. 99 de la L.R.J.S. que obliga al Magistrado en las sentencias en que se condena al abono de una cantidad a determinarla expresamente sin que en ningún caso pueda reservarse tal determinación para la ejecución.

Hay que decir también que este presunto defecto es salvado por lo dispuesto en el Art. 576 de la L.E.C. que considera como cantidad determinada, cuando se haya fijado en la sentencia el tanto por ciento o tipo y el tiempo por el que deban abonarse.

El problema surge cuando en la sentencia no se fija el día en que comienzan a devengarse los intereses.

Para que proceda establecer en la sentencia la condena a estos intereses se precisa que concurren diversos requisitos.

En primer lugar se exige que la cantidad principal reclamada esté vencida, requisito de fácil constatación ya que el período de tiempo a que se refiere el abono de las retribuciones periódicas y regulares no puede exceder de un mes (Art. 29.1º del E. T.)

Además la cantidad reclamada debe de estar determinada o en otras palabras que los salarios debidos sean pacíficos y no controvertidos (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1973, 21 de marzo de 1974, 4 de junio de 1981, 6 de octubre de 1982, 14 de febrero de 1983 y del Tribunal Central de Trabajo de 27 de febrero de 1972 y 3 de marzo de 1978.

Este requisito de la determinación y no controversia de la cantidad puede concurrir cuando se discute la fijación de la cuantía salarial o la procedencia de la antigüedad u otros complementos o pluses.

La doctrina general civil de las obligaciones es de aplicación al presente caso al señalar que no puede estimarse la morosidad de las obligaciones de pago de cantidad cuando la determinación de ésta dependa de un juicio previo encaminado a precisarla.

Esta determinación y pacífica existencia de la deuda puede ser utilizada abusivamente de una forma fraudulenta por el demandado que discute la cuantía con el sólo fin de excluir el devengo del interés.

Al tratarse de un interés de mora, para que concurra se precisa que se de un retraso culpable en el cumplimiento de la obligación.

La prueba de la inexistencia de la culpa correrá a cargo del deudor, bastando al trabajador acreditar la existencia del impago.

No es preciso para que surja la mora del Art. 29.3° del E.T. el requerimiento previo del trabajador al empresario (Art. 1.100 del Código Civil) ya que esta previa intimación del acreedor esta excluida según el mismo precepto cuando la Ley, en este caso el E. T. establece expresamente la mora además de que el día del pago de salarios el motivo determinante de la obligación y que al tratarse de una obligación recíproca desde que el trabajador cumple su obligación (presta sus servicios) empieza la mora para el empresario.

No ha sido pacífica la cuestión referente a si lo que establece el Art. 29.3° del E. T. es un interés en proporción al tiempo o un recargo a tanto alzado. La sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 7 de agosto de 1980 se inclina por considerarlo un recargo (piénsese que el precepto indica « 10% de lo adeudado» no 10% anual).

No obstante una posterior doctrina que parece consolidada ha señalado que estamos ante un interés (Sentencias del T.C. T. de 28 de julio 81, 21 diciembre 81, 19 de enero de 1982, 10 diciembre de 1984).

Es expresiva la Sentencia de la Sala de Conflictos del T.C. T. de 19 de enero de 1982 al señalar que «tal porcentaje indemnizatorio en que consiste el interés por mora no es recargo a tanto alzado e independiente del tiempo del retraso, sino que es, como expresamente dice el precepto, un interés y por tanto según resulta de su propia significación gramatical y de su naturaleza un rédito, renta, beneficio o ganancia que está determinado mediante una doble cuantificación: su proporcionalidad y su temporalidad, no expresada ésta en el artículo pero implícitamente contenida en él, que ha de ser concretada conforme a lo que establece el Art.1.108 del Código Civil en base a lo que expresa el Art. 4.3° de este texto legal y por ello ha de entenderse que el interés indicado se refiere a períodos anuales».

El problema siguiente es dilucidar desde que día se devenga dicho interés. Se pudiera pensar que por aplicación del Art. 1.100 del Código Civil el interés nace desde que el trabajador exige extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación, en este caso desde la interposición de la papeleta de conciliación.

El considerar como fecha inicial de devengo la de la papeleta de conciliación es más fácil para el Magistrado el señalar nada más que el interés procede desde

la presentación de la papeleta de conciliación, cumpliendo así el requisito de liquidez del Art. 576 de la L.E.C. y siendo más fácil también cuantificarlos después en ejecución como parte del principal.

El día final del devengo es sencillo ya que será siempre el de la sentencia de condena o el del acto de conciliación en el que se reconocen los salarios.

Al tratarse de un interés en el abono de salarios sólo se aplicará en el caso de que se reclamen salarios, complementos o pluses, pero no cuando lo solicitado sean indemnizaciones, siendo el concepto de salario del Art. 26 del E. T. el determinante a estos efectos.

Para concluir debo hacer referencia a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 17 de octubre de 1990 que describe a la perfección los requisitos de este tipo de interés. Señala el fallo: «El interés por mora del Art. 29.3º del E.T se inicia cuando el salario debió ser percibido por el trabajador y participa de las exigencias determinantes de la constitución en mora, por lo que es en la sentencia donde debe examinarse si el retraso del deudor es culpable o de mala fe para que deban abonarse intereses moratorios. Se liquida por el período comprendido entre el momento en que debieron abonarse los salarios y la fecha de la sentencia de instancia en que se reconoce la deuda social".

Por último los privilegios del Art. 45 de la L.G.P. ya vistos fueron considerados como de no aplicación en la fase declarativa como justificantes de la exención de la condena a la Administración a los intereses del E.T. al señalar la sentencia del Tribunal Central de 3 de mayo de 1989 que la Administración está obligada al abono de los intereses de mora del Art. 29.3º del E.T. ya que el Art. 45 de la L.G.P. no es aplicable a la ejecución de obligaciones de naturaleza salarial.

La Tasación de Costas.

El Art. 25 de la L.R.J.S establece que la gratuidad típica del proceso laboral y que conlleva que hasta la sentencia por regla general no haya una condena en costas, sólo abarca hasta la ejecución de la sentencia.

En la historia de los procesos de trabajo, no se aplicó de siempre dicha máxima ya que en la *Ley de Tribunales industriales* de 1912, la gratuidad comprendía también el proceso de ejecución y ello dio lugar a que las empresas condenadas no cumplieran voluntariamente las sentencias, alargando su ejecución todo lo posible para lograr una transacción ventajosa.

El Código de Trabajo de 1926 corrigió el anterior defecto imponiendo con carácter el pago de las costas al condenado en la sentencia, fórmula que pasó a los posteriores códigos de procedimiento laboral.

Es preciso hacer previamente una aclaración terminológica respecto a las expresiones gastos y costas procesales, siendo estas últimas una especie del género más amplio de los gastos.

El gasto procesal puede ser definido como todo desembolso que se efectúa para la persecución o la defensa de un derecho.

Las costas procesales suponen un plus de esta definición. Para GUASP el concepto de costas comprende únicamente aquellos gastos, que debiendo ser pagados por las partes de un determinado proceso, reconocen a este proceso como causa inmediata y directa de su producción.

La mejor comprensión del término «costas» exige delimitar sus notas características:

1. Sólo son costas los gastos que se produzcan dentro del proceso, en este caso en el seno del procedimiento de ejecución: quedan por tanto excluidos los que se producen fuera de él, aunque tengan relación con el mismo, como por ejemplo los honorarios devengados por el Letrado del ejecutante por el asesoramiento previo a la actuación judicial e incluso los comprendidos hasta la sentencia, aunque estos últimos son costas procesales, pero no incluibles en las costas de ejecución.

2. Los gastos deben ser inmediatamente necesarios para la ejecución. Por esta razón quedan excluidos de la tasación los desembolsos efectuados en diligencias inútiles o superfluas (Art. 424 de la L.E.C.). El Art. 268.2º de la L.R.J.S emplea el término "gastos que necesariamente hubiera requerido la propia ejecución".

Aunque el desembolso no hubiera sido necesario, si la actuación del tercero vino impuesta por un requerimiento judicial de colaboración efectuado por el órgano ejecutor, el gasto efectuado debe ser incluido en la tasación, al no haber otra forma de interpretar los Arts. 268.2º de la L.P.L. y 118 de la C.T.N. al ser dicha colaboración obligatoria.

3. Además la diligencia o actuación que originó el desembolso debe de estar autorizada por la Ley (Art. 424 de la L.E.C.), no pudiendo ser incluido en la tasación en caso contrario.

Como se observa no todo gasto del proceso merece el calificativo de costa. El Art. 268 de la L.R.J.S emplea el término de gasto si bien dada la naturaleza de dicho Desembolso y sus caracteres de necesario u obligatorio se puede incluir que siempre será considerado como costa.

A. Parte obligada al pago de las costas.

El supuesto normal es que debe ser ejecutado el que abone las costas que se hayan ocasionado en el proceso de ejecución. El Art. 576 de la L.E.C. incardinado en el Tít. VIII del Libro II bajo la denominación de "Ejecución de las sentencias» es claro y taxativo al señalar que las costas que se ocasionaran en las diligencias para el cumplimiento de las ejecutorias serán de cargo del que haya sido condenado en la sentencia de cuya ejecución se trate.

El fundamento del abono por el ejecutado no es otro que el restituir al ejecutante de todos los gastos ocasionados en la defensa de sus derechos, ocasionados por la falta de cumplimiento voluntario del ejecutado.

Hay que señalar que dicha restitución no es íntegra ya que los gastos ocasionados en la fase declarativa hasta la sentencia y que suelen ser los mayores dado la cuantía de los honorarios de los Letrados y Graduados Sociales no se incluyen en la tasación de costas por imperativo del Art. 25 de la L.R.J.S.

Existen unos supuestos especiales en los que la imposición de las costas puede recaer sobre persona distinta del ejecutado.

El primer caso es en el que el ejecutado actúa con un representante en el proceso de ejecución, en cuyo caso no es el representante el que es parte en el proceso, sino el representado, con lo que en el supuesto de que las costas se impusiesen por una actuación maliciosa del representante, por ejemplo en un incidente de ejecución, no sería justo el que el representado si es ajeno a dicha forma de actuar, soportara una condena no imputable a su voluntad. No obstante la prueba en estos casos sería muy difícil de articular para el ejecutado.

A su vez las costas pueden ser impuestas en caso de recurso al Magistrado que concede o deniega indebidamente el despacho de ejecución, con la consecuencia de originarse unos gastos que normalmente no se tendrían que haber originado (Arts. 1.474 y 1.475 de la L.E.C.), también pueden ser impuestas al auxiliar o subalterno que incumple las normas sobre notificaciones (Art. 280 de la L.E.C.).

Las costas originadas en los incidentes tienen una regulación especial, al disponer el párrafo 2º del Art. 576 de la L.E.C. que las costas de los incidentes que se promuevan en la ejecución serán de cargo de la parte o partes a quienes se impongan, sobre cuyo extremo deberán los Jueces y Tribunales hacer declaración expresa al resolver el incidente. Si no la hicieran cada parte pagará las causadas a su instancia.

Como ejemplos de cuestiones incidentales, además del supuesto general del Art. 238 de la L.R.J.S., se encuentran la tercería de dominio y la de mejor derecho (Arts. 260 y 275) Y también impugnación de la propia tasación de costas (Art. 429 de la L.E.C.).

En estos casos el órgano ejecutor deberá pronunciarse sobre su imposición en el auto resolutorio, pudiéndose acudir a la aplicación subsidiaria del Art. 523 de la L.E.C. para establecer su pago por el principio de vencimiento o en su caso de estimación parcial por el abono por cada parte de las causadas a su instancia y las comunes por mitad, criterio este último que se aplicará también cuando no haya condena expresa en costas.

B. Partidas que se incluyen en la tasación.

Ni la L.R.J.S. ni la L.E.C. nos ofrecen una lista de las partidas o conceptos que se puedan incluir en la tasación de costas, por lo que se deberá de acudir a la noción general que se formuló al principio considerando como costas procesales todo gasto originado dentro del proceso de ejecución y que sea inmediatamente necesario para la efectividad de ésta y esté autorizado por la Ley.

A pesar de ello podemos dar una lista a título ejemplificativo, pudiéndose incluir en la tasación las siguientes partidas:

1. *Honorarios de profesionales*: Se deben considerar como tales los honorarios de los Abogados, los derechos de los Procuradores, los honorarios de los Graduados Sociales (equiparados éstos más a los devengados por los Letrados que por los Procuradores, debido ello a que su actuación por la amplitud de su representación, se acerca más a la asistencia y defensa que a la mera representación).

Resulta paradójico que se incluya entre ellos los devengados por los Letrados de las Administraciones Públicas, cuando más bien será al revés al ser la situación normal que sea el Letrado del trabajador el que prosiga la ejecución frente al organismo público, ya que el supuesto de ejecución instada por la Administración no se plantea en la práctica de los Juzgados.

La posibilidad de que se incluya en tasación de costas los honorarios de los Letrados y Graduados Sociales, ha venido a corregir una anterior doctrina equivocada que mantenía el extinto Tribunal Central (entre otras las sentencias de 15 de enero, 12 de Junio y 17 de septiembre de 1985, 2 Y 15 de abril, 27 de mayo, 10 de junio y 2 de septiembre de 1986), aunque no de una manera uniforme ya que en otros casos aislados consideró que los honorarios del Letrado de la parte ejecutante se podían inducir en la tasación si la complejidad, de la ejecución se debía a las actuaciones de los demandados (Sentencia del T.C.T. de 11 de octubre de 1984).

La tesis anterior se sustentaba en considerar que la ejecución se tramitaba de oficio, bastando para su iniciación la petición de parte, con lo que aunque la intervención del Letrado podía ser beneficiosa para el trabajador, al no ser esta preceptiva, se concluía que cuando la Ley eximia de dicha intervención profesional y a pesar de ello la parte utilizaba la defensa técnica, el abono de los honorarios corría a cargo del trabajador.

El que conozca un poco la fase de ejecución laboral observará que en muchas ocasiones el trámite es sencillo, pero otras veces debido a la oposición del ejecutado o por la propia complejidad de los bienes embargados en el caso de inmuebles o por cuestiones que se vayan suscitando como cancelación de las anotaciones, tercerías de dominio o mejor derecho etc. ... la intervención de Letrado o del Graduado es fundamental, de igual forma que el acto del juicio es muy difícil que se acuda sin defensa o representación profesional.

Por otro lado, la tramitación de oficio de la ejecución, no es incompatible con la ayuda del ejecutante en los trámites de investigación de bienes y en la obtención y diligenciamiento de diversos oficios y mandamientos, sin perjuicio de que en muchas ocasiones la labor de negociación y mediación con el ejecutado a cargo del representante o abogado del trabajador evita mucho trabajo inútil al órgano ejecutor y que también debe ser valorado.

Quizás el T.C. llevado por una interpretación literal de la Ley sin prestar excesiva atención a la realidad práctica no consideró este aspecto, olvidándose que al igual que en el acto de juicio, la posibilidad legal de acudir sin asistencia profesional no es nada más que una mera declaración de intenciones sin aplicación práctica.

La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 9-10-86 se hace eco de esta necesidad de modificación de la anterior doctrina, y prueba de ello es la nueva redacción del Art. 229.3º de la L.R.J.S.

2. *Derechos de los profesionales sujetos a arancel:* Los más frecuentes son los derivados de los mandamientos librados al Registro de la Propiedad. Su constatación es fácil ya que cuando el Registro devuelve cumplimentado el mandamiento adjunta nota-factura por el importe de éstos, aunque su percibo es difícil al obtenerse poco dinero en la ejecución.

3. *Honorarios de los peritos u otros profesionales:* Si no es preocupante el impago de los honorarios del Registro de la Propiedad, si lo es en cambio el que los peritos no puedan percibir del ejecutado el importe de sus honorarios devengados por la valoración de los bienes. En la práctica si los trabajadores quieren ver valorados sus bienes que es como decir ejecutadas sus sentencias deberán anticipar el abono de dichos emolumentos, al desconfiar estos profesionales de su percibo con cargo a las costas.

Me remito a lo que ya indiqué al hablar de la peritación y de la excesiva retórica del legislador al emplear expresiones como perito al servicio de la Administración de Justicia» (Art. 261) y "derecho al abono de los gastos y remuneraciones conforme a la Ley" (Art. 253.2º).

En análoga situación se pueden encontrar los depositarios y el perito calígrafo si su intervención es necesaria.

4. *Gastos de publicación de edictos:* Mientras su inserción es gratuita en la fase declarativa hasta la sentencia de instancia, la publicación de dichos anuncios en los boletines oficiales es incluíble en la tasación de costas si los edictos se produjeron en la fase de ejecución.

La anterior relación no es una lista cerrada ya que se puede incluir cualquier otro gasto necesario que se acredite. No se pueden incluir en la tasación de costas por imperativo del Art. 424 de la L.E.C.

- Los gastos correspondientes a escritos, diligencias y demás actuaciones que sean inútiles, superfluas o no autorizadas por la Ley. La inutilidad o no de la diligencia debe ser interpretada restrictivamente ya que no se debe olvidar que en principio se debe pensar que la ejecución la ha provocado la empresa condenada al no abonar la cantidad.

El ejecutado ante el caso de que el trabajador se niegue a aceptar el abono, siempre tienen el remedio de consignar la condena en la cuanta del Juzgado, con lo que le será muy difícil argumentar la inutilidad de la diligencia de ejecución, a no ser que nos encontremos ante una defectuosa notificación de la sentencia.

- Partidas de minutas que no se expresen detalladamente. Por ello el Art. 423 exige que la minuta de dichos honorarios sea detallada.

- Honorarios que no se hayan devengado en el proceso de ejecución, como los correspondientes a la intervención en el juicio o en las reuniones o negociaciones previas a la solicitud de ejecución.

- Las costas de actuaciones en que se hubiese condenado a su abono al ejecutante, como por ejemplo las devengadas en un incidente ex Art. 238 de la L.R.J.S (por ejemplo si el incidente lo promueve el ejecutante y es desestimado). Recordar que el Art. 950.2º de la L.E.C. obliga al Magistrado a imponer el pago de las costas de los incidentes a una de las dos partes, o en su defecto cada uno abona las suyas.

B. Procedimiento para su cuantificación

La tasación de las costas es encomendada al Secretario (Arts. 421 de la L.E.C. y 267 de la L.R.J.S) olvidando que en muchos casos si no todos es una función más propia del personal colaborador y prueba de ello es que antiguamente se encomendaba a un «auxiliar tasador». La L.R.J.S. que se muestra moderna en otras facetas se pliega a la inercia civil y encomienda al Secretario- contable esta tasación.

Las partidas de gastos de publicación de edictos y de Registro de la Propiedad se hallarán con un sencillo examen de los autos al quedar unidas ellas las notas y facturas.

El Procurador presentará escrito en el que fijará sus derechos conforme a arancel (Art. 423 de la L.E.C.), es rara su presentación en la ejecución laboral por el protagonismo de los Letrado y Graduados Sociales.

Los honorarios de los Letrados, Graduados Sociales y peritos u otros profesionales no sujetos a arancel se reclamarán mediante minuta detallada y firmada presentada en la Secretaría (Art. 423 de la L.E.C.). El momento en que los Letrados y Graduados Sociales deben presentar la minuta es normalmente cuando el Juzgado les requiere para ello una vez abonado u obtenido el principal e intereses ya que hasta ese momento no se sabe con exactitud el alcance de su intervención.

Si no se ha obtenido dinero, o lo obtenido no cubre el principal es inútil que el Juzgado les requiera para que presenten minuta o que dichos profesionales la presenten dado el orden relativo de aplicación del Art. 266, a no ser que el ejecutante acuerde el anticipo de alguno de estos honorarios ex Art. 266.2º L.R.J.S

La previsión del Art. 423 de la L.E.C. de que la minuta de honorarios se presenta en el momento en que sea firme la sentencia o el auto obedece a que se piensa en las costas de la fase declarativa, que en el proceso laboral no proceden al ser gratuita la justicia (Art. 25 de la L.R.J.S.), sólo cabiendo el abono de honorarios de abogado cuando así se establece en la sentencia en el caso

especial y raro de que se aprecie mala fe o notoria temeridad del empresario (Art. 97.3º de la L.R.J.S).

El momento en el que se practica la tasación de costas es cuando se haya abonado por el ejecutado el principal e intereses, o en caso contrario cuando; se haya finalizado la ejecución tras el pago de lo obtenido en la subasta y no haya que efectuar ningún otro trámite en el que se puedan originar costas, como por ejemplo el librar un mandamiento de cancelación de anotaciones al Registro, por ello el adelantar en exceso la liquidación de las costas puede resultar perjudicial si después se genera algún gasto posterior.

Todo lo anterior se debe entender sólo en el caso de que exista sobrantes después de abonado principal e intereses ya que en caso contrario la tasación será inútil al no haber dinero con la que abonarla, a no ser que se hubiera acordado anticipar el pago del principal o intereses alguna partida de la tasación (Art. 268.2º de la L.R.J.S).

Efectuada la tasación, el Art. 425 de la L.E.C. establece que no se administrará la inclusión o adición de partida alguna, reservando al interesado su derecho para reclamarla le conviniere de quien y como corresponda, entiendo que aunque la Ley señala que no procederá modificación después de efectuada la tasación, en realidad la imposibilidad de variar la liquidación será después de haber ganado firmeza el auto que aprueba la tasación.

La tasación será trasladada a las partes y también aunque no lo indica el Art. 426 de la L.E.C. a los interesados (peritos, Registro de la Propiedad, contratados, Graduados intervinientes, etc...) por imperativo de los Arts. 270 de la L.O.P.J.) y 56.1º y 2º de la L.R.J.S.

Dicho traslado es para que en un plazo de 3 días para cada una de ellas puedan impugnar la liquidación o solicitar su modificación, al primero que se le da traslado es al ejecutado al indicar el Art. 426 L.E.C.: "princiando por la condenada el pago,..". La debida celeridad del proceso laboral (Art. 74) mal casa con la exigencia de estos traslados sucesivos por 3 días a cada interesado, siendo más congruente con la celeridad y economía procesal dar un plazo común de tres días a los interesados para que pudiesen impugnar la tasación.

Después del trámite de vista, se dictará el oportuno auto aprobatorio de la tasación que confirmará la efectuada previamente o hará las oportunas rectificaciones si proceden. Este auto constituye un título de ejecución, facultando el Art. 421 de la L.E.C. la exacción de las costas tasadas por la vía de apremio.

Por lo que respecta a la forma de impugnación de la tasación de costas, ésta varía según cual sea la causa de la impugnación. En cualquier caso no será necesario utilizar el recurso de reposición al no impugnarse una resolución sino una mera tasación.

El cauce procesal de la impugnación, como he indicado es distinto según lo que se trate de impugnar:

- Si se impugnan los honorarios de los Letrados y demás profesionales por entenderlos excesivos (Art. 427 de la L.E.C.) se debe oír por un plazo de dos días al profesional contra quien se dirija la queja y después se remiten los autos al Colegio de Abogados, Academias, Colegio o Gremio al que pertenezca el profesional y si no existe en la capital, podrá acudir a los de los lugares inmediatos.

El órgano ejecutor a la vista de las alegaciones de los interesados los informes de los organismos, aprobará o modificara la tasación, siendo dicho auto irrecurrible (Art. 428 de la L.E.C.)

- Si el motivo de impugnación es haber incluido en la tasación partidas de derechos u honorarios cuyo pago no corresponde al ejecutado (por ejemplo sus devengados en un incidente ex Art. 950.2º L.E.C.), dicha reclamación se tramitará por la vía incidental del Art. 238 de la L.R.J.S. es decir con comparencia verbal y resolución por auto (Art. 429 de la L.E.C.).

Al no limitar la L.E.C. la posibilidad de recurrir dicho auto, entiendo que será recurrible en suplicación si se encuentra dentro de los límites del Art. 89.2º de la L.R.J.S (considerando que resuelve un punto sustancial y siempre actuando la sentencia ejecutada hubiera sido recurrible en suplicación, y previamente se haya formulado en tiempo y forma el recurso de reposición.

A mi entender en cualquiera de los dos casos, el órgano ejecutor debería sacar cualquier recurso contra el auto aprobatorio de la tasación si los interesados no impugnaron previamente la tasación de costas inicial en las formas previstas y ello por un elemental principio preclusivo.

Una cuestión se plantea respecto de los motivos de impugnación de la, tasación y es que parece que los Arts. 427 y 429 de la L.E.C. sólo prevén dos causas de impugnación que son honorarios excesivos y partidas de derechos u honorarios que no corresponden al ejecutado, por lo que cabe preguntarse si los demás motivos de impugnación son viables por ejemplo la no inclusión de una partida de honorarios o cualquier otro gasto.

Entiendo que caben también estos motivos y que en estos casos el cauce procesal será el incidental del Art. 238 de la L.R.J.S. toda vez que se precisa de una prueba de la existencia de dicha partida a acreditar en dicha comparencia verbal.

Para acabar debo hacer referencia a una serie de conclusiones, en muchos casos paradójicas:

- La tan proclamada gratuidad de la justicia del proceso laboral no comprende la fase de ejecución de sentencias.

- Es engañoso la creencia de que cargando las costas al ejecutado se logra la total restitución del derecho del trabajador ya que las cantidades obtenidas en la ejecución rara vez cubren parte del principal reclamado con lo que el

productor deberá abonar los honorarios del Abogado o Graduado Social que utilice en la ejecución, cuando no también los que pida el perito para valorar los bienes.

- Además la total satisfacción tampoco se logra ya que en la fase declarativa la condena de honorarios al demandado empresario sólo se produce en un supuesto que casi no se da en la práctica, con lo que aunque gane el trabajador el pleito también deberá pagar a los profesionales que utilice.

- Las Administraciones Públicas ejecutadas *no* podrán oponer que gozan del beneficio de justicia gratuita para eludíel pago de los honorarios del Letrado o Graduado Social del ejecutante ya que según el auto del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1986, dicho beneficio no significa que no deba abonar los honorarios del Letrado o profesional de la parte contraria.

La Insolvencia Empresarial

La Sección 5ª del Capítulo 2º del Libro 4º se ocupa de la «insolvencia empresarial», en sus artículos 276 y 277 LEJS.

La terminación del proceso de ejecución con insolvencia del ejecutado hay que considerarla como una forma anormal de finalización del procedimiento, al no haberse producido el pago de la cantidad debida, si puede expresarse con un juego de palabras que esta terminación «anormal» es forma «normal en la que frecuentemente acaban todas o mejor dichas las ejecuciones sociales, dada la naturaleza de las empresas ejecutadas y los medios averiguación de bienes de los que dispone el órgano ejecutor.

El dato aunque desesperanzador es de fácil constatación en cuanto nos asomamos a cualquier estadística de un Juzgado de lo Social. La declaración de insolvencia empresarial está en íntima conexión con las funciones e intervención del Fondo de Garantía Salarial en el proceso laboral.

El FOGASA es un Organismo Autónomo dependiente del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que abona a los trabajadores los salarios y las indemnizaciones por despido y extinción de sus contratos, pendientes de pago, en los supuestos de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores de los empresarios obligados en principio a su pago.

Para comprender los Arts. 276 y 277 de la L.R.J.S. es preciso distinguir las diferentes formas en que puede actuar el Fondo en el proceso laboral.

Del Art. 33 del E.T., desarrollado en cuanto a la organización y funcionamiento, del Fondo por el Real Decreto 505/1985 de 6 de marzo y orden de 20 de agosto de 1985, se pueden diferenciar cuatro clases de intervención, la última de ellas introducida por la L.R.J.S.

1) Intervención en la fase declarativa: Se le da la posibilidad de comparecer en cualquier proceso en el que posteriormente se pudiera derivar una

responsabilidad de dicho Organismo (en la práctica en todo litigio en el que se reclame el pago de salarios y se accione por despido o en reclamación de extinción del contrato o abono de indemnización por dichas causas). Su actuación viene contemplada en el Art. 24.1º de la L.R.J.S.

Además si la empresa demandada ha sido ya declarada insolvente o se encuentra desaparecida, el FOGASA debe ser citado como demandado a los actos de conciliación y juicio (Art. 24.2º de la L.R.J.S.).

2) Intervención en la ejecución como consecuencia de la subrogación en los créditos salariales o por indemnización abonados por el Fondo a los trabajadores (Arts. 33.4º del E.T., 30 del Decreto 505/1985 y 24.1º de la L.R.J.S.).

En este caso el FOGASA actúa como ejecutante sólo o en concurrencia con los trabajadores frente a la empresa ejecutada.

3) Intervención en la ejecución en el trámite previo a la declaración de audiencia del ejecutado. Es lo que se conoce con el nombre de «audiencia o vista al Fondo» (Arts. 276.1º L.R.J.S., 33.6º del E.T. y 15 del Decreto).

4) Intervención del Fondo como ejecutado. Situación singular prevista el artículo 276.4º de la L.R.J.S y que en poco difiere a la ejecución frente a cualquier otro organismo público.

A. Trámite de audiencia

Se trata de un trámite preceptivo y previo a la declaración de insolvencia del ejecutado. No obstante, la redacción del art 276.1º puede inducir a confusión ya que parece que lo condiciona al supuesto en el que «el Fondo no *hubiese sido llamado con anterioridad*», con lo que se pudiera pensar que si el FOGASA intervino en la fase declarativa por virtud del Art. 23 de la L.R.J.S. no sería necesario cumplimentar el trámite de audiencia en el momento de la ejecución. Es conveniente que en todo caso, haya intervenido o no previamente en el proceso, se cumplimente la actuación del Art. 276.1º y se le de audiencia previa a la insolvencia ya que aunque haya acudido al juicio y se le haya notificado la sentencia dicho organismo desconoce si la empresa ha abonado el crédito. Si se han trabado bienes, qué diligencias se han adoptado en la ejecución, etc.

Es de mucha utilidad práctica no esperar al final de la ejecución y al momento de dictar el auto de insolvencia, para cumplimentar la audiencia, sino efectuar dicho trámite desde el inicio de la ejecución, inmediatamente después de dictar el auto despachando la ejecución, lo que facilitará al Juzgado mayor conocimiento de la existencia de bienes y mayor tiempo para realizar el posible embargo y realización forzosa.

Además de la utilidad práctica, se puede deducir que es obligatorio notificar muchos de los proveídos de ejecución al FOGASA como tercero directamente

interesado en la resolución de la ejecución (Arts. 240, 277 Y 54.2° de la L.R.J.S y 270 de la L.O.P.J.).

La finalidad de la audiencia es que el organismo pueda solicitar la práctica de las diligencias que a su derecho convenga y designe los bienes del deudor principal que le consten.

Se observa que el Art. 276 exige al Fondo una actitud activa que vaya más lejos de las rituales fórmulas de conformidad con lo actuado u oposición a la insolvencia, debiendo por tanto realizar labores de investigación similares de las encomendadas al órgano ejecutor.

A estos efectos es ilustrativo el mandato del Art. 15 del Decreto 505/1985 que obliga al Fondo a realizar cuantas gestiones estime necesarias en orden a la verificación de la real situación económica de la empresa, especialmente la citación a ésta y a los trabajadores.

La LRJS ha eliminado la exigencia de la declaración de tres testigos solventes, que sólo problemas ocasionaba y que naturalmente se incumplía en la práctica.

El párrafo 2° del Art. 276.2° sufre una pésima redacción ya que las diligencias a efectuar se pueden prolongar más allá de los 30 días, ya que no basta con efectuar el embargo sino que habrá que realizar el bien o al menos peritarlo para conocer si estamos ante un supuesto de insolvencia.

En cualquier caso tras las diligencias oportunas al Juzgado le quedarán las siguientes opciones:

- Declarar la insolvencia total del ejecutado: El Art. 33.6° del E. T. entiende que existe insolvencia (total o parcial), cuando instada la ejecución en la forma establecida en la L.R.J.S. no se consigue la satisfacción (total o parcial) de los créditos laborales.

Esto ocurrirá cuando las diligencias averiguatorias practicadas por el Juzgado o por el Fondo han sido infructuosas, o cuando resultaran desiertas las subastas, o también cuando por ejemplo se trabó un bien inmueble pero que al estar sujeto a otras responsabilidades impide obtener cantidad alguna a favor de los ejecutantes, lo que ocurriría si en la peritación practicada ex Art. 262 el importe de las cargas que deben subsistir es superior al valor del bien con la que la tasación arrojaría un valor negativo.

Hay que decir, no obstante que dado el alcance de los privilegios crediticios del Art. 32 del E. T. en muy pocas ocasiones se puede justificar que no se realice un bien por la existencia de otras responsabilidades o cargas anteriores.

- Decretar la insolvencia parcial del empresario. En este caso la Ley exige que se fije en el auto de insolvencia el valor pericial dado a los bienes embargados.

En principio parece que este valor pericial sólo interesaría al Fondo cuando la adjudicación de los bienes se ha hecho a favor de los ejecutantes, no a un tercero ya que con esa adjudicación y fijando el valor pericial de lo adquirido el Fondo sabe exactamente la cuantía de lo adjudicado y por tanto la diferencia pendiente de pago y que se considera como insolvencia.

Ya se señaló como al FOGASA le interesa más el valor pericial que el precio de adjudicación que puede ser muy inferior (25% del avalúo en algunos casos).

No comprendo el interés del Fondo en saber el valor pericial de lo embargado cuando la adjudicación haya sido a un tercero, ya que éste en cualquier caso habrá consignado un precio que casi siempre será inferior al valor de peritación dado el mecanismo de las subastas y el órgano judicial habrá decretado la insolvencia por la diferencia entre el crédito principal y la cantidad ofrecida y consignada por el licitador.

Se puede entender que el requisito de fijar la valoración pericial en cualquier caso, lo es para el supuesto en el que se dicta la insolvencia con el sólo requisito de la peritación; se trataría de casos en que siendo muy elevado el crédito principal, los bienes embargados son notoriamente insuficientes, con lo que se permite adelantar la insolvencia en beneficio de los ejecutantes que podrán cobrar antes las prestaciones del FOGASA.

En estos supuestos se exige, que se fije el valor pericial al menos de lo embargado, para que el Fondo pueda «calcular» la cantidad por insolvencia, cosa difícil ya que no se puede adivinar el dinero que se obtendría en la subasta.

En cualquier caso los problemas no serán muy trascendentales ya que en caso de créditos elevados, que es cuando se debe aplicar dicha regla, el Fondo sólo abonará las cantidades hasta los topes máximos del Art. 33 del E. T. (4 meses de salario y una anualidad de indemnización y siendo siempre el salario módulo no superior al duplo del salario mínimo interprofesional).

- Otra posibilidad es que el órgano executor continúe la ejecución si el Fondo le ha señalado bienes o derechos del ejecutado sobre los que hacer legal traba.

- Denegar motivadamente la declaración de insolvencia si el órgano executor estima que se da una situación de fraude o insolvencia ficticia, siempre y cuando en dichas situaciones se encuentren involucrados los ejecutantes, ya que si dichas maquinaciones obedecen a conductas o actos de terceros o del ejecutado, entiendo que el órgano judicial debería decretar la insolvencia para no causar mayores perjuicios al ejecutante no culpable y ajeno al fraude y todo ello sin perjuicio de otras acciones, incluso penales (enajenación en fraude de acreedores.. alzamiento de bienes) a ejercitar en otros procesos.

El abuso del derecho y el fraude de Ley, sancionados con carácter interdisciplinar en los Arts. 6 y 7 del Código Civil, han sido acogidos en su versión procesal laboral en el Art. 75.1° del Texto Refundido.

A estos efectos es significativo que aunque el órgano judicial haya decretado la insolvencia puede ocurrir que el FOGASA deniegue las prestaciones.

El Art. 27.5° del Decreto 505/1985 obliga al FOGASA a comprobar la procedencia de las prestaciones por insolvencia, la efectiva existencia de créditos laborales pendientes de pago y la continuidad del estado de insolvencia.

El Art. 28.3° de dicho Decreto obliga a desestimar aquellas solicitudes de prestaciones en que se aprecie la existencia de abuso de derecho o fraude de

Ley y cuando no se justifique su abono por haberse acreditado la existencia de un interés común de trabajadores y empresarios en la formalización de una «apariencia de estado legal de insolvencia».

La insolvencia del ejecutado, en cualquier caso es provisional no definitiva y por tanto se podrá proseguir la ejecución si se conocen bienes del deudor por haber venido a mejor fortuna, cosa difícil no por no poder venir a mejor suerte el ejecutado, sino por la falta de medios para averiguar esos bienes.

Si se efectuó una declaración de insolvencia parcial sin estar realizados completamente los bienes y sólo fijándose el valor pericial de éstos (Art. 276.2º), la provisionalidad de la insolvencia se fijará con carácter permanente cuando se hayan enajenado dichos bienes, momento en el que se sabrá exactamente el crédito pendiente por insolvencia, lo que obligará al Juzgado a una posterior declaración de insolvencia concretando dichas cantidades.

Esta posterior declaración de insolvencia también será provisional en el sentido arriba indicado y ello pese a los oscuros términos del Art. 276.2º. El que la insolvencia sea provisional posibilita que se reabran las actuaciones si se conocen nuevos bienes del ejecutado ya que la prescripción de la acción ejecutiva ha quedado interrumpida desde el inicio de la ejecución, aunque esta se haya archivado por insolvencia provisional (Art. 240.3º L.R.J.S).

El Art. 276.3º de la Ley, recoge una previsión que se venía realizando de antes, en la práctica y es que decretada la primera insolvencia de una empresa, ello es base suficiente para presumir que persiste dicha situación en las posteriores ejecuciones que se promuevan, lo que posibilita que se puedan dictar los posteriores autos de insolvencia sin necesidad de efectuar diligencias averiguatorias, si bien se deberá dar audiencia previa a los ejecutantes y al FOGASA para que puedan señalar nuevos bienes si los hubiere.

El auto de insolvencia se notificará a las partes y al Fondo y podrá ser recurrido en reposición; entiendo que la posterior suplicación será factible si se encuentra dentro de los límites del Art. 191.2º de la L.R.J.S., si bien se puede adelantar que será un punto no controvertido en el pleito ni decidido en la sentencia.

B. Supuesto especial: FOGASA ejecutado

Si las cantidades que debe abonar el FOGASA ex Art. 33 del E.T. están determinadas en la sentencia, una vez firme la declaración de insolvencia, se requerirá al Fondo para que las abone en el plazo de 10 días y de no efectuarlo continuará la ejecución contra dicho organismo (Art. 276.4º L.R.J.S).

Los supuestos en que el FOGASA puede ser condenado al pago de cantidades en sentencia pueden ser básicamente dos:

I. El FOGASA puede ser condenado al abono del 40% de la indemnización por expediente de regulación en empresas de menos de 25 trabajadores (Art. 33.8° del E.T.). En estos casos la responsabilidad es directa, no subsidiaria y por tanto no se exige la previa insolvencia para su abono, con lo que el supuesto parece que no encaja en el Art. 276.4°LRJS.

2. Es en la propia demanda donde se concretan las cantidades a cargo del FOGASA como responsable legal subsidiario. Será en supuesto de difícil concurrencia en la práctica debido a la exigencia de la cuantificación previa por el demandante (Arts. 80.1° d) y 87.4° de la L.R.J.S.) y siendo necesario además que 1a sentencia recoja de una forma líquida la condena a cargo del fondo (Art. 99).

La finalidad del precepto en los raros supuestos en que se pueda ejercitar es conseguir una celeridad en el proceso, evitando posteriores procesos declarativos al demandante.

La sentencia en estos casos contendrá una condena directa de la empresa y otra subsidiaria concretando la cuantía con los topes máximos si a ello hay lugar del Art. 33 del E. T. a cargo del Fondo. La ejecución se proseguirá frente a la empresa y una vez firme la declaración de insolvencia de ésta, se producirá el requerimiento al FOGASA para que abone las cantidades señaladas en la sentencia como de su responsabilidad en el plazo de 10 días (se puede hacer dicho requerimiento en el propio auto de insolvencia), si no las abona en ese plazo se proseguirá la ejecución en la que el Fondo será el único ejecutado, siendo los trámites, al tratarse de un organismo públicos los previstos en el Art. 287 de la L.R.J.S.

C. La denominada insovenia técnica

Como se vio en su momento, este tipo de insolvencia regulada en el Art. 276 de la L.R.J.S. es una de las causas de suspensión de la ejecución.

Se trata de compatibilizar dos tipos de intereses en principio contrapuestos; por un lado el de los ejecutantes en percibir las prestaciones del FOGASA que sólo se consigue en el proceso laboral con el auto de insolvencia, que a su vez sólo se logra tras la realización forzosa de los bienes embargados, y por otro lado el interés de los otros trabajadores y del propio empresario en la continuidad de la empresa y la consiguiente subsistencia de los contratos de trabajo.

Para que estemos ante un supuesto de insolvencia técnica deben concurrir varios requisitos:

1° Los bienes embargados deben ser esenciales para el proceso de producción, entiendo que se debe hacer extensible a la comercialización y distribución de los productos de la empresa.

2° La empresa debe continuar con su actividad ya que si ésta ha cesado no hay un interés de continuidad de la empresa que proteger.

3° La enajenación de los bienes embargados conlleva necesariamente la extinción de los contratos de trabajo existentes.

Es el FOGASA el que está legitimado para pedir la suspensión de la ejecución. Normalmente en la práctica habrán sido los trabajadores o sus representantes o el propio ejecutado los que hayan instado a FOGASA tal suspensión (Arts. 243 y 250 de la L.R.J.S.) y será el Fondo el que pedirá al Juzgado la suspensión a fin de valorar y constatar la situación y luego solicitar la insolvencia técnica, o directamente y sin pedir la suspensión, solicitará la declaración de esta insolvencia «a los solos efectos de reconocimiento de prestaciones de garantía salarial». (Art. 277.2).

Como se ve esta insolvencia sólo lo es a los efectos de que los ejecutantes puedan percibir las prestaciones del FOGASA, con lo que no se resuelve el problema respecto a las cantidades no satisfechas por el Fondo.

Hay que observar que tras la insolvencia técnica la ejecución no está suspendida con lo que en principio los ejecutantes pueden pedir la ejecución por el resto de sus créditos, con lo que al órgano ejecutor se le pone en una difícil tesitura, de la que sólo podrá salir aplicando el Art. 243 de la L.R.J.S. o soluciones de equidad teniendo en cuenta que la insolvencia técnica se decretó para mantener la continuidad de la empresa.

Considero poco honesta la actitud de los ejecutantes que amparados en la insolvencia técnica cobran parte de sus salarios rápidamente del FOGASA, para luego seguir ejecutando el resto de sus créditos.

Una óptima solución sería llegar a un acuerdo de aplazamiento posterior de la ejecución y del consiguiente pago de los salarios todavía pendientes ex artículo 243.

Ya se hizo referencia a la relación entre la insolvencia técnica y los acuerdos de devolución de cantidades concertados entre el Fondo y las empresas ejecutadas, regulados en el Art. 32 del Decreto 505/1985.

- D. Diferente vía para obtener prestaciones del FOGASA

Sin necesidad de instar la ejecución laboral hasta conseguir un auto de insolvencia de la empresa ejecutada existe otro procedimiento para el abono de las prestaciones del FOGASA y que puede ser útil para el caso de que sea difícil o tardío la obtención del auto de insolvencia por existir en la ejecución laboral bienes suficientes embargados al ejecutado.

Así, en el caso de que la empresa esté sometida a un proceso concursal (quiebra, concurso de acreedores o suspensión de pagos) la solicitud de prestaciones del Fondo puede presentarse desde que exista resolución judicial teniendo por solicitada la declaración del estado de suspensión de pagos o declarando la quiebra o el concurso de acreedores.

El reconocimiento de las prestaciones exigirá que los créditos de los trabajadores aparezcan incluidos en la lista de acreedores, o en su caso

reconocidas como deudas de la masa por el órgano del concurso competente para ello, en cuantía igual o superior a la que se solicita del FOGASA (Arts. 16.2º y 3º del Decreto 505/1985).

La oposición a la ejecución

La posible oposición a la ejecución ha sido un tema que a pesar de su trascendencia, se ha abandonado en todos los textos procesales, incluso en los de más moderna aparición como la L.R.J.S., esto ha provocado que planteada la imposición en el seno de una ejecución se haya que acudir a preceptos dispersos en vanos textos, que por otro lado poca luz arrojan en este punto.

Es inaplazable en este extremo, como en otros, la necesidad de que se promulgue de una vez por todas un Código Procesal común a los diversos ordenes jurisdiccionales y más aún en lo relativo a la ejecución y que regule los puntos procedimentales similares en los diferentes procesos y en especial la oposición del ejecutado.

El Estatuto de los Trabajadores, en su nueva redacción contemplaba expresamente y con carácter general la oposición del ejecutado, regulando, aunque de forma escueta, plazos, modos y causas de oposición a la ejecución.

La L.R.J.S. no lo regula, constituyendo así una de las mayores deficiencias del Texto Articulado, produciéndose una paradoja apuntada por Baylos, Cruz, Fernandez que es un incremento de las comparecencias y de la contradicción en aspectos *instrumentales* de la ejecución y una ausencia total de la cognición en aspecto tan fundamental como puede ser la oposición por circunstancias Posteriores a la fecha del título y que pueden dejar sin efecto los «fundamentos» de la pretensión del ejecutante.

A. Consideraciones generales

Se puede pensar que las causas de la falta de regulación de la oposición a la ejecución son la limitación de la *cognitio* judicial y la reducción del principio de contradicción y la quiebra del principio de igualdad entre las partes.

Hay que señalar que todo ello nos puede conducir a una creencia errónea y que es concluir que el ejecutado no tiene posibilidad de defenderse u oponerse una vez iniciada la ejecución; ello no es así como lo demuestra la práctica diaria en los Juzgados.

La L.E.C. tampoco regula la oposición a la ejecución de una forma general y sistemática sino que se ocupa de ella en preceptos aislados y de una forma fragmentaria y así de los Arts. 556 a 571 de la L.E.C. se deduce la posibilidad de recurrir las resoluciones dictadas en ejecución.

De la misma forma, la L.R.J.S. contempla los recursos de reposición y súplica, así como los incidentes de ejecución (Arts. 244 en relación con el 191.2º y 204, y Art. 238).

Se va a estudiar más detalladamente la oposición del ejecutado en las ejecuciones que se siguen en los Juzgados de lo Social al ser más frecuente estos procedimientos en estos órganos que en las Salas de lo Social.

Es preciso distinguir entre la oposición a la ejecución en su totalidad y la oposición a los actos ejecutivos concretos. Dejo de lado por haber sido ya estudiada la oposición de terceros a unos actos ejecutivos concretos como son la tercería de dominio y la de mejor derecho.

B. Oposición a la ejecución en su totalidad

Este supuesto será poco frecuente ya que en la ejecución se contará con una resolución judicial firme o con un acto de conciliación no impugnado que será el título ejecutivo y que servirá de guía y a su vez límite de la actividad ejecutiva.

Con todo, los posibles motivos de oposición pueden ser varios (dirigir la ejecución frente a alguien no condenado en el título, despachar ejecución en virtud de un título que no existe, o por un título falso etc. ..).

Si el motivo de la oposición es la falsedad del título, el modo de comprobar la veracidad será acudir al Libro de Sentencias del Art. 265 de la L.O.P.J. y constatar el título aportado con la sentencia original.

Si la falsedad se alega sobre un auto, se deberá de acudir al procedimiento declarativo previo para comprobar la veracidad o autenticidad de dicha resolución y si se trata de un acto de conciliación administrativa o judicial también se deberá acudir a los autos de juicio.

Si la ejecución se ha dirigido frente a persona que no aparece condenada en el título, el cauce procesal de la ejecución será diferente según el estado en que se encuentre el proceso; si no se trabó embargo se deberá articular por el interesado el oportuno recurso frente a la resolución judicial (normalmente reposición) o promover el oportuno incidente del Art. 238 de la L.R.J.S., si en la ejecución hubo embargo deberá acudir a la tercería de dominio.

Otro posible motivo de oposición puede ser el caso de que se promueva la ejecución frente a una persona o entidad que aparece sólo como responsable subsidiario en el título de ejecución, en cuyo caso el proceso sólo se puede dirigir frente a él una vez que se haya declarado la insolvencia del responsable directo o principal en la ejecución previa dirigido frente al mismo.

C. Oposición a los actos ejecutivos concretos

Esta situación es más normal que la anterior. En este caso la ejecución se ha dirigido perfectamente frente al que aparece condenado a una prestación en el título ejecutivo.

La casuística de los motivos de oposición del ejecutado o de un tercero es muy variada, pudiéndose señalar a título ejemplar algunos de ellos: ejecutar por más cantidad que la recogida en el título, vulnerar los límites cualitativos del embargo al trabar un bien o derecho inembargable, infringir las normas sobre la prelación de bienes embargables, incumplimiento de las normas procedimentales o dicho de otro modo quebrantar las formas procesales (en especial las referentes a las notificaciones) produciendo indefensión, haberse abonado ya la cantidad contemplada en el título, etc.

La posible oposición de los terceros suele venir articulada mediante las tercerías de mejor derecho si se trata de acreedores no laborales de ejecutado o de ejecutantes laborales en procesos no acumulados, o a través del denominado incidente de distribución de lo recaudado si se trata de trabajadores con ejecuciones no acumuladas. (Arts. 272 y 273 de la L.R.J.S.).

Incluso como se vio el FOGASA se puede oponer a un acto ejecutivo muy concreto como es la declaración de insolvencia. No es preciso indicar que también el ejecutante se puede oponer a los actos ejecutivos que estime ilegales.

En la actualidad y por lo que respecta al apremio de inmuebles ha cobrado importancia la oposición a un acto de ejecución que se adopta por el órgano ejecutor al final del proceso de ejecución y que es la cancelación o no de las cargas y gravámenes de la finca embargada.

La oposición del ejecutante suele venir motivada por la negativa del órgano ejecutor a cancelar las anotaciones anteriores al crédito de los trabajadores, la disconformidad de terceros (en este caso de los acreedores anotados con anterioridad) deviene en el caso contrario.

- Como ya se comentó por esta vía ha tenido entrada toda la teoría de los privilegios del crédito salarial, tomando especial relevancia en este extremo el auto de adjudicación en el que además de la aprobación del remate se suele decretar la cancelación o mantenimiento de algunas o de todas las cargas, con lo que la firmeza de dicha resolución servirá para proceder a dicha cancelación. No obstante hay que señalar que a pesar de haber ganado firmeza el acuerdo cancelatorio, o incluso habiendo prestado su conformidad los acreedores afectados algunos Registradores deniegan las cancelaciones acordadas por los Juzgados de lo Social, escudándose con incomprensibles requisitos ó formalidades, con lo que la negativa del Registrador casi se puede colocar dentro del género de la oposición de terceros a los actos ejecutivos, negativa que dicho sea de paso hace «chirriar» los principios de exclusividad de la función jurisdiccional y deber de cumplir las resoluciones judiciales, artículos 117 y 118 de la Constitución Española, produciendo la negativa señalada graves perjuicios a los adjudicatarios de los bienes que ven que adquieren un bien libre de cargas, o con cargas reducidas en el Juzgado, pero sin plasmación registral de dicha situación, sin que sea remedio el acudir a una dinámica diabólica de recursos (Presidente del Tribunal Superior de Justicia, alzada a la Dirección General de Registros y del Notariado, ¿posterior recurso?) para ratificar la calificación registral previa.

La L.R.J.S. regula el procedimiento de oposición a la ejecución en algunos supuestos (tercerías, incidentes de distribución de cantidades) y en otros, que son la mayoría no, con lo que habrá que acudir a las normas generales que sobre recursos contempla la L.R.J.S. y la L.E.C.

Esto crea problemas de conexión de ambas normas, agravado por la concurrencia de un trámite incidental general que puede desvirtuar en algunos casos la finalidad y los efectos de los recursos.

Es preciso distinguir y hacer referencia a los recursos frente a las resoluciones que se adopten en la ejecución y los incidentes que se puedan proveer en su seno y su relación con el principio de preclusión.

D. Recursos frente a las resoluciones dictadas en ejecución

La L.RJS sólo contemplaba en su regulación el Recurso de Reposición, por lo que los órganos judiciales aplicaban de forma subsidiaria y analógicamente la L.E.C. en su Art. 477 referente a la casación frente a autos y concedían recurso de Suplicación o Casación al proveído dictado en ejecución, según procediese un recurso u otro frente a la sentencia dictada.

Hay que adelantar que la cuestión de los recursos en la ejecución puede ser calificado de tema «estrella» según la solución que se adopte en torno a la admisibilidad o no de la suplicación frente a los autos dictados en ejecución.

Si se adopta una postura restrictiva en torno a su admisibilidad, conducta que por otro lado puede tener fundamento en una lectura literal del artículo 191.2º de la L.RJS, ello puede dar lugar a la desaparición casi completa de la posible doctrina de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores en materia de ejecución laboral y por añadidura la jurisprudencia que sobre ésta pudiera establecer la Sala del Tribunal Supremo en unificación de doctrina.

Previamente, es necesario hacer referencia a los dos más inmediatos recursos previos a la suplicación y que son el Recurso de Reposición y el de Súplica.

a) Recurso de reposición

Es denominado por Montero Aroca como remedio para diferenciarlo de las impugnaciones a resolver por órgano distinto del que dictó la resolución, viene regulado en los Atts. 186 de la L.R.J.S. y 376 y 380 de la L.E.C.

El artículo 186 de la L.R.J.S. admite dicho recurso frente a todas las providencias y autos de los Juzgados de lo Social salvo las excepciones del apartado 3º no relevantes ahora, por lo que entiendo que también los autos resolutorios de los incidentes de ejecución también serán recurribles en reposición y no directamente en Suplicación, como se pudiera desprender del Art. 382 de la L.E.C.

Además el Art. 191.2º L.R.J.S. exige para la suplicación la previa reposición.

Estamos por tanto ante un *recurso ordinario* al caber en principio frente a casi todas las providencias y autos y sin que se precise a diferencia de la casación o suplicación unos motivos o causas determinadas para su interposición.

Este recurso no produce el efecto devolutivo al ser resuelto por el mismo Juzgado ni tampoco el efecto suspensivo ya que el Art. 184 de la L.R.J.S. y 376 de la L.E.C. señalan «sin perjuicio del cual se llevará a efecto la resolución

impugnada» o en palabras del Art. 380 de la L.E.C. la admisión los casos en «un sólo efecto».

El que la resolución recurrida sea inmediatamente ejecutiva no significa que se dé la producción de firmeza o de cosa Juzgada ya que ello no se logra hasta que se resuelva el recurso; tras la oportuna tramitación y resolución del remedio si es estimado podrá ocurrir que se deba anular o dejar sin efecto lo actuado sin perjuicio de que se mantengan algunas actuaciones independientes de la impugnación o cuyo contenido hubiese permanecido invariable, artículo 242 de la L.O.P.J.

La tramitación del recurso de reposición no venía recogida, siendo una innovación al venir expuesta en el artículo 186 de la L.R.J.S. por lo que hay que acudir a la L.E.C., con carácter subsidiario en sus Arts. 377 y s.s.

El recurso se debe interponer en el plazo de los tres días siguientes al de la notificación de la providencia o del auto recurrido y además debe citarse la disposición de la L.E.C. o de la L.RJS que haya sido infringida (Art. 377 de la L.E.C.).

El requisito de la cita del precepto procesal contravenido se pide ya que el legislador pensaba que con la reposición se impugnaban autos de actos de trámite adoptados con infracción de normas procedimentales, lo que no ocurre en muchas ocasiones ya que el órgano ejecutor ha podido actuar con el máximo respeto hacia las pautas procedimentales observando en todo momento la L.E.C. y la L.RJS, pero lo que se combate la cuestión de fondo regulada por preceptos materiales y por tanto fuera del ámbito de estas leyes procesales.

La rigidez del Art. 378 ha sido suavizado por la doctrina del Tribunal Constitucional que en su sentencia de 22 de mayo de 1987 ha señalado que «los Arts. 376 y 377 de la L.E.C. se refieren sólo a providencias, carentes de fundamentación y dirigidas normalmente al desarrollo del procedimiento; por lo tanto las posibles infracciones en las que puedan incurrir dichas providencias serán también de aquel carácter y por ello es lógico y congruente que el recurso haya de citar la norma supuestamente infringida de naturaleza procesal y que ello convierta la exigencia de su cita, también en lógica y normal, sin que ello suponga formalismo riguroso, sino más bien una necesidad para el Juez, que así podrá ser congruente con el *petitum* del recurso.

La L.RJS en cambio permite también el recurso de reposición también frente a los autos y por tanto ello conduce a no exigir en todo caso la cita de un precepto procesal infringido cuando la providencia o el auto resuelvan o se pronuncien sobre cuestiones de orden sustantivo o material».

Cuando la cita del precepto procesal sea necesaria al tratarse de una infracción procedimental, si dicha cita no se hace el órgano ejecutor debe declarar de plano y sin ulterior recurso no haber lugar a proveer. (Art. 377.2º de la L.E.C.).

Si el recurso se presenta en tiempo y forma se dará traslado a las otras partes de copia del mismo para que puedan impugnarlo en el plazo de tres días si lo estiman conveniente (Art. 378 de la L.E.C.).

Igual traslado y con idéntica posibilidad de impugnación se deberá efectuar a los que sin ser ejecutante o ejecutado tengan un derecho o interés legítimo y personal que se puede ver afectado por la resolución o les pueda producir un perjuicio (Arts. 238 de la L.R.J.S. y 270 de la L.O.P.J).

Transcurrido el plazo de 3 días se hayan o no presentado escritos de impugnación el Juzgado debe resolver por auto dentro del tercer día. El auto resolutorio de la reposición no dará lugar a un nuevo recurso, salvo en los supuestos expresamente establecidos en la Ley, sin perjuicio de poder efectuar la alegación correspondiente en el acto de la vista, en su caso, o de la responsabilidad que en otro caso proceda. Está excluido inexplicablemente de la posibilidad de propuesta del Secretario (Arts. 290 de la L.O.P.J. y 51.1 de la L.R.J.S.).

Como siempre la realidad va por delante de la norma y en la práctica es el Secretario el que dicta los autos resolutorios.

Así como en la fase declarativa es casi inexistente la posibilidad del recurso de reposición dado la automaticidad del trámite de citación a juicio, es en la fase de ejecución donde la multiplicidad de trámites y consiguientes resoluciones interlocutorias (providencias y autos) conduce a que el remedio de la reposición cobre su auténtico sentido e importancia.

Contra el auto resolutorio del recurso de reposición no se dará nuevo recurso, salvo en los supuestos expresamente establecidos en ésta Ley (Art. 186.2º de la L.R.J.S. en relación con el Art.189.2º del mismo texto legal).

b) *Recurso de súplica*

Se trata de un recurso análogo al de reposición, que se da ante las resoluciones interlocutorias de los órganos colegiados sociales.

Las diferencias con la reposición, además de la del órgano que dicta la resolución, son una pequeña limitación a las resoluciones recurribles mediante este remedio y el plazo para su interposición.

Así el Art. 185.1 de la L.R.J.S. preceptúa que contra las providencias que no sean de mera tramitación y los autos que dicten las Salas de lo Social podrá interponerse recurso de súplica.

El legislador parece que ha incurrido en un error al señalar en el precepto a las providencias de mera tramitación, categoría ya suprimida con la reforma urgente de la L.E.C. de 1984, error debido a uno similar padecido por el Art. 401 de la L.E.C.

La providencia de mera tramitación ha sido sustituida por la diligencia de ordenación del Secretario revisable por el Juez de oficio o a instancia de parte pero no impugnabile mediante un recurso. Parece que el legislador piensa en esta resolución cuando hace irrecurribles en súplica la providencia de mera tramitación.

No obstante para clarificar situaciones he de deducir que si se dicta una providencia por la Sala no será recurrible en súplica cuando ordena o impulsa el procedimiento de una forma automática por venir impuesto el trámite por la

Ley, es decir cuando el margen de discrecionalidad o elección en la decisión es nulo (Art. 288 de la L.O.P.J. en relación con el Art. 245 del mismo texto).

El plazo para su interposición es el de 5 días siguientes al de su notificación sustanciándose en la forma ya vista para el de reposición, si bien el auto resolutorio se dicta previo informe del Magistrado Ponente (Arts. 186 de la L.R.J.S. y 402 de la L.E.C.).

c) Recurso de suplicación frente a resoluciones dictadas en ejecución

La importancia de la solución que se adopta en torno a la admisibilidad del Recurso de Suplicación en la fase de ejecución ya que la decisión puede conducir a que la mayoría de los casos el órgano ejecutor sea «dueño y señor» de la ejecución sin posibilidad de ulterior recurso ante el Tribunal Superior que de esta forma podría clarificar y unificar criterios en muchos temas importantes de la ejecución.

Una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido a calificar de «instrumento excepcional» al recurso de suplicación frente a resoluciones ejecutivas, con lo que dicha doctrina y la tortuosa redacción del Art. 189.2 de la L.R.J.S (reproducción parcial del 1687.2 de la L.E.C.) coloca muchas veces al órgano ejecutor en una difícil disyuntiva que sólo la prudencia puede solucionar.

Los preceptos básicos en este punto son los Arts. 189.2º y 204 del Texto Refundido.

Es necesaria la inserción literal del precepto por los límites que impone a la posibilidad del Recurso de Suplicación. Así, el Art. 191.2 de la L.R.J.S permite recurrir «los autos que decidan el recurso de reposición, interpuesto contra los que en ejecución de sentencia dicten los Juzgados de lo Social, siempre que la sentencia ejecutoria hubiere sido recurrible en suplicación, cuando resuelvan puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, no decididos en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado».

El precepto plantea los siguientes problemas: .

- Si lo que ejecuta es una conciliación y no una sentencia ¿cabrá recurso? De una lectura literal parece que no, ya que el precepto exige que la sentencia hubiere sido recurrible en suplicación.

Me inclino por la admisibilidad del recurso debido a la equiparación de la fuerza ejecutiva de estos títulos (Arts. 68 y 84.4º de la L.R.J.S.) y por tanto el auto será recurrible en Suplicación si el asunto pudiere haber sido recurrible ante la Sala de lo Social por su cuantía o naturaleza, lo que obligará a examinar la demanda si se trata de una conciliación judicial o la papeleta de conciliación si es una conciliación administrativa.

Así lo ha entendido en ocasiones el Tribunal Supremo al permitir el antiguo recurso de casación frente a autos dictados en ejecución de lo convenido en conciliación judicial, al seguirse dicha ejecución por los mismos trámites, como si de una sentencia se tratara (Sentencias de 1-12-86 R.A. 7.228) y 21-12-86 (R.A. 7.541).

- El Art. 191.2º de la L.RJS parece limitar el recurso a los autos resolutorios del Recurso de Reposición frente a autos dictados en ejecución; pero si lo que resolvió el auto fue un recurso de reposición frente a una providencia, por otro lado muy usuales y frecuentes en el proceso laboral de ejecución, estimo que se deberá admitir el recurso de Suplicación si se cumplen los otros requisitos.

Además se exige que la sentencia (o conciliación) fuese recurrible en suplicación. El dato se obtendrá del estudio del Art. 191.1º de la L.R.J.S.

A estos efectos puede ocurrir que asuntos de especial trascendencia como tercerías de dominio o mejor derecho, preferencias crediticias, cancelaciones de cargas, etc. pueden quedarse sin recurso si aún afectando la cuestión a muchos trabajadores y siendo por tanto el principal muy elevado, se debe considerar la reclamación cuantitativamente mayor (Art. 190.1º) que en muchas ocasiones puede que no llegue a 3000 euros).

- Además de los anteriores límites y problemas el núcleo esencial de la cuestión radica en la interpretación que se dé a la terminología que emplea la L.RJS. para describir los motivos del recurso, cuando señala "puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, no decididos en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado".

En primer lugar si los puntos no fueron controvertidos en el pleito previo no debieron ser resueltos en la sentencia y si a pesar de ello se resolvieron tendremos una sentencia firme que habrá que ejecutarla en sus propios términos.

En segundo lugar, si las cuestiones fueron controvertidas pero no se resolvieron en la sentencia, ésta habrá incurrido en incongruencia, pero si la sentencia es firme sólo se podrá ejecutar lo señalado en la sentencia al ser ésta el modelo y la medida de la actividad ejecutiva.

Los dos anteriores defectos de incongruencia (Art. 359 de la L.E.C.) de la sentencia debieron ser combatidos previamente, mediante el oportuno recurso de Suplicación frente a la sentencia, pero si esto no se hizo no cabe ahora «subsana dichos defectos u omisiones» del título en la fase de ejecución integrando o completando dicha sentencia.

El tercer motivo es más claro: «contradecir lo ejecutoriado» (sentencia o conciliación); esta vulneración del título ejecutivo se da cuando se ejecuta más, menos o cosa diferente de lo contemplado en el título modificándolo en contra de la debida intangibilidad de la resolución o conciliación que se ejecuta.

Ejemplos de esta situación pudieran ser el dirigir la ejecución frente a persona no contemplada en el título, o ejecutar por más cantidad de la reconocida en sentencia, o ejecutar de forma dineraria cuando la obligación consiste en la readmisión del trabajador.

- Respecto a la admisibilidad del Recurso de Suplicación se pueden mantener dos posturas:

I. Considerar de que la Ley quiere proteger nada más la intangibilidad o integridad de la sentencia (o conciliación) imponiendo el título ejecutivo unos límites a la actividad del órgano ejecutor.

De esta forma sólo se deberá examinar para estimar la admisibilidad o no del recurso de Suplicación (o casación) la actividad del Juzgado en la ejecución y el título ejecutivo, comparando la actividad ejecutoria con la sentencia y no la actividad ejecutoria con la ley, confiriendo al recurso de suplicación exclusivamente como un instrumento de garantía frente a un exceso de poder del órgano ejecutor.

Esta teoría ha sido sustentada por el Tribunal Supremo en múltiples ocasiones, señalando que la excepcionalidad y consiguiente aplicación estricta de este acceso al Recurso y más aún en el ámbito laboral, dada la regla común de irrecurribilidad de los autos, establecida en el Art. 151 (ahora 184) de una específica Ley Procesal ha sido puesta de relieve por el T. Supremo en su sentencia de 28-5-82 (R.A. 2.612), donde se califica de casación especial por cuanto lo que se defiende es exclusivamente la intangibilidad del fallo que ha adquirido ejecutoriedad, sin que el recurso tenga aquí otra finalidad que la de comprobar si se ha decidido de una manera distinta a la que ordenaba el fallo o en contradicción con él. (Sentencias del T. Supremo de 28-11-80 (R.A. 4.391), 28-4-81 (R.A. 1.782) y 15-2-82 (R.A. 687).

De la misma forma el extinto Tribunal Central señaló que «el denominador común para que el auto sea recurrible en suplicación es que se produzca una alteración del título ejecutivo en que la sentencia firme consiste» (Sentencia del T.C.T. 5-10-87 (R.A. 20.652).

En la misma línea se señaló que «el especial recurso de Casación que configura el Art. 1.687.2 de la L.E.C. no tiene por finalidad la defensa de la Ley y la uniformidad de la jurisprudencia, que son las misiones que según la opinión científica más generalizada corresponde al Tribunal de Casación, sino que tiende a mantener la integridad de los fallos firmes, evitando que éstos resulten vulnerados por las actuaciones ejecutivas realizadas para su cumplimiento, por lo que, cuando de este especial recurso se trata, no son la sentencia y la Ley lo que ha de computarse, sino las sentencias y las diligencias practicadas en ejecución de aquélla» (Sentencias del T. Supremo de 17-12-80 (R.A. 4.914), 30-5-83 (R.A. 2.439 y 2.440).

Sólo se podrá admitir el recurso si la motivación del mismo está referida a la desviación en la fase procesal de ejecución de lo resuelto por el fallo, pero si eso no sucede hay causa de Improsperabilidad, pues sino significaría la posibilidad de transformar la fase ejecutiva de un proceso en una auténtica revisión del fallo (Sentencias del T. Supremo de 17-12-80 (R.A. 4.914), 23-9-83 (R.A. 4.278) 28-10-86 (R.A. 5.918), 10-10-88 (R.A. 7.558).

- Incluso en alguna sentencia se ha calificado a la impugnación como un recurso de exceso de poder, señalando que aunque los términos de la L.RJS. no lo configuran así, es un recurso de exceso de poder, encaminado a determinar si la resolución recurrida se acomoda o no a la sentencia que puso fin al proceso de cuya ejecución se trató o por el contrario, se extiende a

resolver puntos que no fueron objeto de controversia, [Sentencia del T. Supremo de 16-7-84: (R.A.4.173)].

«En tales recursos no se censura la aplicación de preceptos sustantivos, sino el ajuste entre la sentencia y el auto dictado para llevarla a efecto» sentencia del T. Supremo de 4-11-85 (R.A. 5.709)], «De ahí que para determinar su procedencia o improcedencia se haga necesario examinar comparativamente la parte dispositiva de la sentencia que se viene ejecutando y la resolución, que se haya dictado en ejecución de la misma, si hay coincidencia esencial entre ambas no puede sostenerse que el órgano jurisdiccional ha cometido exceso o defecto en la ejecución del fallo; y si por el contrario se resuelve algo no decidido en él, o bien proveyendo en contradicción al fallo, entonces, como en realidad se ha vulnerado la sentencia, el recurso tiene que prosperar» [Sentencia del T. Supremo de 23-10-67 (R.A. 4.030)].

De esta forma «sólo procede la casación (o suplicación) contra los proveídos que modifiquen o contengan una declaración nueva no comprendida en la ejecutoria» [Sentencia del T. Supremo de 17-6-83 (R.A. 3.022)].

Siguiendo esta teoría el Tribunal Supremo niega viabilidad al recurso, inadmitiéndolo y no entrando a conocer del fondo del asunto en cuestiones de ejecución importantes como tasaciones de costas, salarios de tramitación, de tercerías de mejor derecho, [Sentencias de 14 de febrero de 1990 (R.A. 252), 12 de febrero de 1990 (R.A. 905)]. En esta última sentencia se expresa con claridad el criterio restrictivo de nuestro Alto Tribunal al señalar que «las resoluciones del Juzgado permanecen dentro del ámbito instrumental de la ejecución sin que quepa hablar de exceso cuando el Juez resuelve ejerciendo las facultades que tiene atribuidas en la fase de ejecución sobre cuestiones propias y exclusivas de dicha fase».

Toda la anterior construcción doctrinal es técnicamente correcta desde el punto de vista del Art. 191.2º de la L.R.J.S. pero puede conducir a excesos ya que normalmente en la ejecución se plantean cuestiones e incidentes que no se pudieron prever en la sentencia por ser materialmente imposible (embargos, preferencias crediticias, intereses del 576 L.E.C., tercerías, distribución de sumas obtenidas en la subasta, cancelaciones de anotaciones, impugnaciones de costas, etc...). que son novedosas respecto a la fase declarativa y no controvertidas ya que no lo pudieron ser en la sentencia por no existir en ese momento.

Además esta nota de «no ser controvertidos» «no decididos» en la sentencia encaja en la redacción del Art. 191.2º si bien la razón es que no pudieron ser controvertidos ni decididos por ser ello imposible al ser posteriores a la sentencia.

Existe un argumento de peso para entender que la doctrina señalada en las sentencias dictadas quiebra al menos en un aspecto esencial; efectivamente, de entender que sólo cabría recurso cuando el órgano ejecutor se extralimita en sus funciones y sobrepasa el título ejecutivo.

Carecería de sentido la obligatoria instrucción sobre el recurso procedente a que obliga el Art. 100 de la L.R.J.S. y 248.4º de la L.O.P.J. ya que ello supondría que el Juzgado está reconociendo el propio error al desviarse del título ejecutivo.

2. Por tanto cabe sustentar otra teoría, a mi juicio más razonable y entender que cabrá recurso de suplicación frente al auto dictado en ejecución de sentencia cuando en dicha ejecución se resuelva un punto sustancial y novedoso con respecto a la sentencia ya que si fue resuelto no cabría recurso, a no ser que la ejecución contradijese lo establecido en la sentencia respecto a dicho punto.

Los casos más frecuentes serían los ya apuntados anteriormente. Además también cabría suplicación y éste sería el segundo motivo o causa cuando en el auto se contraviniese la sentencia o el título.

Esta teoría también nos podría conducir a extremos abusivos al poderse concluir que todo lo decidido en ejecución sería recurrible en suplicación si el título a su vez lo hubiese sido ya que normalmente en la ejecución se ventilan cuestiones distintas que las de la sentencia, con lo que el límite en este caso sería interpretar restrictivamente la expresión «punto sustancial».

El propio Tribunal Supremo en una sentencia de 2 de marzo de 1990 se aparta de la anterior doctrina, quizás debido a los perjuicios de seguir esa tesis con carácter uniforme y en dicha resolución se permite el examen de la actividad ejecutiva y la ley, pero quizás con un argumento bastante alambicado señalando que por «ejecutoriado» no sólo hay que entender el término sentencia sino también las condiciones «legales» por las que se ejecuta, es decir, las normas sustantivas y procesales que regulan la ejecución.

La ventaja de sustentar esta segunda teoría de una forma directa y sin complejos, esto es sin necesidad de acudir a forzados argumentos como el anterior tiene la ventaja de posibilitar la construcción de doctrinas relevantes en torno a temas tan trascendentales en el seno de la ejecución como los referentes a las preferencias crediticias del salario, la cancelación de las anotaciones sobre los inmuebles, costas procesales, intereses, etc. ... que de considerar al Recurso de Suplicación en la ejecución meramente como un recurso de exceso de poder, nunca se hubieran conseguido.

La incipiente pero muy uniforme doctrina jurisprudencial sobre las preferencias crediticias del salario y las indemnizaciones, nacida muchas veces de recursos frente a proveídos dictados en ejecución da buena prueba del anterior razonamiento.

De no aceptarse la anterior teoría los órganos ejecutores (Juzgados de lo Social) se convertirían en plenos órganos soberanos de la ejecución, sin posibilidad de que sus decisiones se pudiesen revisar, aunque fuese de forma ex- traordinaria dado el carácter del Recurso de Suplicación, por las Salas de lo Social y todo ello en perjuicio de la Seguridad jurídica de la ejecución y de la necesaria uniformidad que se pudiese conseguir con el sucesivo Recurso de casación ante el Tribunal Supremo en unificación de doctrina.

E. Ejecución de las resoluciones recurridas

El Art. 245.1° de la L.R.J.S. establece que salvo en los casos expresamente establecidos en la Ley, las resoluciones dictadas en ejecución se llevarán a efecto no obstante su impugnación y no será necesario efectuar consignaciones para recurrirlas.

El precepto del Texto Refundido consagra la posibilidad del recurso en un sólo efecto, es decir sin que se produzca el efecto suspensivo de la resolución impugnada y ello tanto para el recurso de reposición como para el posterior recurso de Suplicación.

La L.R.J.S. adopta en este extremo idéntica solución que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional prevé para los recursos de amparo al permitir el párrafo 2° del Art. 244 la suspensión de la resolución en algún supuesto.

Los Arts. 949 y 1.531 de la L.E.C. establecen también la ejecutividad inmediata de la resolución impugnada en apelación, si bien el Art. 949 en su párrafo 2.° establece la excepción de la apelación en un sólo efecto respecto «los incidentes que puedan promoverse sobre cuestiones no controvertidas en el pleito ni decididas en la sentencia» lo que puede plantear dudas de si en estos casos la suplicación suspenderá la ejecución.

Hay que recordar que estas cuestiones no resueltas en la sentencia ya que no pudieron serlo por surgir sólo en el seno de la ejecución, serán los que normalmente se recurrirán en suplicación, ya que las ya resueltas en la ejecutoria no se recurrirán.

Incluso en estos casos la suplicación no debe suspender la ejecución ya que admitir lo contrario sería negar ejecutividad inmediata al 99% de los proveídos de ejecución recurridos en Suplicación, sin perjuicio de la facultad del Juzgado o de la Sala de acordar la suspensión de la ejecución; entiendo que la expresión «salvo en los casos expresamente establecidos en la Ley» hace referencia a otros supuestos de los que luego hablaré.

La causa de la no suspensión puede ser el evitar que mediante los recursos se dilate fraudulentamente la ejecución dando posibilidad al ejecutado de ocultar o de enajenar maliciosamente los bienes. La explicación de la no exigencia de la consignación para recurrir es que el legislador a mi juicio erróneamente, piensa que con el embargo se garantizará el cumplimiento de la obligación, con lo que por ello no se exige consignar la condena.

Dos serios problemas plantean la ejecutividad inmediata de la resolución y la no exigencia de la consignación para recurrir.

En primer lugar la ejecución de la resolución impugnada puede producir perjuicios al deber continuar en principio todo el proceso de ejecución hasta el final, incluido por tanto el pago al ejecutante; en caso de que la resolución fuese revocada por la Sala los perjuicios pudieran ser grandes sobre todo tratándose por ejemplo de una tercería de dominio, con una venta ya consumada, o en el caso de que haya que devolver alguna cantidad detrída indebidamente al ejecutado.

En el Art. 245.1º LRJS el legislador ha pecado de un exceso de generalización, debiendo haber concretado más los supuestos, según quién fuera el recurrente y el motivo de la impugnación y especificando el alcance de los actos de ejecución que pueden proseguir a pesar del recurso de Suplicación.

Debo decir no obstante que los posibles perjuicios que se puedan derivar de una posible revocación de la resolución por el Tribunal Superior se pueden paliar con la suspensión de la ejecución.

En segundo lugar la no exigencia de la consignación puede ocasionar problemas en el caso que no exista embargo por no localizar bienes sobre los que hacer traba o ser el embargo insuficiente.

El no exigir la consignación para recurrir cuando el que lo hace es el ejecutado es desproteger al ejecutante que observa con estupor igual o mayor que el Juzgado, cómo el deudor en apariencia insolvente, dilata la ejecución con un recurso ante el Tribunal Superior.

Por otro lado en estos casos se da una paradoja curiosa: para recurrir una sentencia que todavía no es firme se exige la consignación de la condena; en cambio en el proceso de ejecución que deriva de una sentencia firme y por tanto inatacable se permite al ejecutado recurrir los proveídos de ejecución de la sentencia sin consignar el importe de la condena.

Debo señalar que la solución adoptada por el legislador no me parece acertada (no suspender la ejecución de la resolución y liberar al ejecutado de la consignación) ya que ello puede ocasionar mayores problemas al órgano ejecutor (posible devolución al ejecutado de la cantidad ya pagada al ejecutante), que haber optado por la solución contraria (suspender la ejecución de la resolución pero exigir la consignación de la cantidad objeto de controversia) medida que garantizaría el posterior cumplimiento de la obligación una vez resuelto el recurso; no olvidemos que la realización de los bienes en cantidad suficiente es muy difícil y que el Art. 1.447 de la L.E.C. señala en el orden prelativo del embargo el dinero, metálico que se obtendría con la consignación de la condena.

Incluso a mi juicio se debería autorizar al ejecutante la obtención de un anticipo reintegrable de la cantidad consignada para recurrir por aplicación analógica de las normas sobre la ejecución provisional de la sentencia y ahora con mayor razón al encontramos con una sentencia firme.

Con anterioridad a la LRJS., la jurisprudencia era vacilante en torno a la exigencia de consignar la condena para recurrir un auto de ejecución muy concreto como era el auto extintorio de la relación laboral, posterior al incidente de no readmisión; hay que señalar que el ejecutado podía perseguir una conducta abusiva y fraudulenta no recurriendo la sentencia de despido, evitando así la consignación de la condena, para recurrir después el auto extintorio sin consignar la indemnización y los salarios de trámite y ocultar durante la tramitación del recurso sus bienes; en estos casos creo conveniente la consignación de la condena con independencia de la actitud de la empresa

ya que este auto aunque dictado en ejecución de sentencia se parece más a un auto de la fase declarativa a la que pone término, facultando a su vez la ejecución dineraria por las cantidades recogidas en dicha resolución, asemejándose por tanto a una sentencia y siendo por tanto precisa la consignación para recurrirlo.

Existe la posibilidad de suspender la ejecución con o sin exigencia de fianza, tanto por el Juzgado como por la Sala al conocer el recurso; dicha suspensión se podrá decretar cuando la continuación de la ejecución pueda producir perjuicios de difícil reparación.

La cuantía de la fianza no se recoge en el Art. 246.2º de la L.R.J.S. pero puede ser orientativa la que establece el Art. 1.803 de la L.E.C. (valor de lo litigado y daños y perjuicios consiguientes a la inejecución de la sentencia, considerando esta última cuantía en los intereses del Art. 576 de la L.E.C. calculados de una forma provisional al desconocerse cuando se resolverá el recurso de suplicación.

Lo mejor en muchas ocasiones para el ejecutante es que se suspenda la ejecución y, se exija fianza al ejecutado que recurre, dado los problemas para encontrar bienes suficientes y la cantidad y complejidad de la ejecución según la clase del bien embargado.

El Art. 246.1º de la L.R.J.S. plantea un difícil problema interpretativo. El precepto comienza estableciendo una excepción a la ejecutoriedad de la resolución recurrida al indicar «Salvo en los casos expresamente establecidos en la Ley»

Debo entender que las excepciones no son los previstos en el Art. 949.2º de la L.E.C. (incidentes no controvertidos ni resueltos en la sentencia) ya que la excepción se convertiría en regla al estar en este caso todos o casi todos los supuestos de recursos en ejecución.

Tampoco deben de ser los supuestos de suspensión de la ejecución ya previstos en otros apartados de este volumen (peligro de continuidad de la empresa y de los contratos restantes ex Art. 243 e insolvencia técnica ex Art. 275) al no exigirse para la suspensión un previo recurso.

Entonces ¿a qué casos hace referencia el Art. 246.1º de la L.R.J.S.?

Mi criterio es que tales supuestos hay que buscarlos en otras normas y son las siguientes:

- La cuestión de inconstitucionalidad (Art. 35 de la L.O. T.C.) y el recurso de amparo (Art. 56 de la L.O.T.C.).

- Si el proceso declarativo se siguió sin la comparecencia del demandado, el ejecutante no podrá disponer libremente del bien adjudicado y el dinero obtenido en la subasta se depositará en la cuenta del Juzgado sin ser entregado al ejecutante en el caso de que se haya utilizado por el ejecutado el procedimiento previsto en el Art. 183 de la L.R.J.S. (Arts. 787 y 788 de la L.E.C.)

El plazo para solicitar la audiencia del demandado rebelde es de 3 meses desde la publicación de la sentencia en el Boletín Oficial, por los que habrá que esperar al transcurso de ese plazo o en su caso a la resolución del proceso de audiencia instado para la definitiva ejecución de las resoluciones de ejecución.

- Interpuesto recurso de revisión por el ejecutado, éste en principio no suspende la ejecución de la sentencia firme, pero sin embargo el Tribunal Supremo en vista de las circunstancias y a petición del recurrente y previa audiencia del Ministerio Fiscal puede decretar la suspensión de las diligencias de ejecución (Art. 1.803 de la L.E.C.).

La suspensión exige fianza del recurrente que será fijada en su cuantía por la Sala de lo Social del T. Supremo en atención a la cuantía de la condena y a los perjuicios ocasionados que como ya indiqué serán los derivados de la demora en la ejecución de la sentencia, esto es los intereses del Art. 921 de la L.E.C.

La resolución acordando o denegando la suspensión de la ejecución puede ser modificada si cambian las circunstancias que motivaron uno u otro acuerdo (Art. 244.3.0 de la L.R.J.S. que reproduce casi literalmente el Art. 57 de la L.O.T.C.).

La exención de la consignación no conlleva que no se deba exigir el depósito del Art. 227 de la L.R.J.S. y ello debido a que el Art. 244.1º sólo habla de "consignaciones" y sin que el Art. 227 LRJS prevea los depósitos sólo cuando se recurra una sentencia ya que el Art. 227.1º LRJS exige el depósito siempre que se intente interponer recurso de Suplicación sin especificar si es contra una sentencia o contra un auto de ejecución.

F. Los incidentes en ejecución y el principio de preclusión

Como se señaló al hablar de los principios del proceso de ejecución, los incidentes suponen una excepción al predominio de la escritura y de la falta de intermediación en la fase de ejecución.

Ello se debe a que el Art. 238 de la L.R.J.S. configura la tramitación de estos incidentes de una forma sencilla, basada en los principios del Art. 74 de la L.R.J.S. (intermediación, oralidad, concentración y celeridad).

Esta tramitación y resolución de los incidentes es distinta a la tramitación larga y escrita que regulan los Arts. 741 y s.s. de la L.E.C. La escasa regulación del incidente que recoge el Art. 238 de la L.R.J.S. exige que sea de aplicación analógica las reglas del juicio oral previstas en el Texto Refundido, así como las normas contempladas en el proceso ordinario.

Gómez Orbaneja (1) define las cuestiones incidentales como aquellas que surgen en el curso de un proceso principal (proceso de ejecución), estando en conexión con el asunto objeto del mismo o con la validez de los actos procesales, y que dan lugar a un nuevo proceso y a resolución especial.

52

Gómez Orbaneja (1): "Derecho y Proceso"
1ª ed. Civitas 2009

El modo de planteamiento del incidente puede ser variable, posibilitándose su aparición por una demanda incidental (tercería), por un mero escrito de alegaciones, por un escrito interponiendo un recurso (normalmente el de reposición) o incluso se puede plantear de oficio por el Juzgado, no olvidemos que toda la ejecución se tramita de oficio (Art. 237.2º L.R.J.S.) y que a veces el órgano ejecutor sin petición de alguna de las partes ve necesario la celebración de la comparecencia incidental para clarificar algún extremo o cuestión sin la cual no se puede proseguir la ejecución correctamente.

Las Leyes procesales nos suelen ofrecer casos en los que expresamente se regula y se prevé la celebración del incidente, no obstante ninguna norma nos señala de forma general cuando se debe acudir a la tramitación de un incidente.

En la práctica se deberá promover un incidente cuando estemos ante una cuestión relacionada con el objeto de la ejecución y no pueda ser articulable por medio de los recursos o incluso pudiendo serlo sea necesario la práctica de alguna prueba (en especial casi siempre alguna que sea algo más que la mera presentación de un documento).

Los supuestos que se pueden dar en la práctica son variados. Así cabe señalar:

- La posible intervención de terceros en el proceso de ejecución (Art. 240 de la L.R.J.S.).
- La declaración de responsabilidad de alguna persona o entidad no contemplada en el título ejecutivo, como por ejemplo en los supuestos de sucesión fraudulenta o cambio de nombre de la empresa condenada en la Sentencia con el fin de eludir la ejecución (Sentencia del Tribunal Constitucional 206/ 89 de 14 de diciembre).
- Aplazamientos o suspensiones de la ejecución (contempladas en la Ley exclusivamente para salvaguardar la continuidad de la empresa y del resto de los contratos de trabajo, pero decretados en la práctica diaria de los Juzgados en más casos).

Por otro lado la L.R.J.S. contempla expresamente supuestos de celebración de incidentes en los casos siguientes:

- Incidente de no readmisión (Arts. 278 y 279).
- Tercería de dominio (Art. 258) y de mejor derecho (Art. 273).
- Incidente de distribución de cantidades recaudadas (Arts. 270.2º y 271).
- Ejecución de sentencias frente a Organismos públicos (Art. 285).

- Impugnación de la tasación de costas. (Art. 267.2º de la L.R.J.S.) si bien dicho incidente no se planteará si el motivo de la impugnación es que los honorarios del profesional son excesivos (Arts. 427, 428 y 429 de la L.E.C.).

Otras veces son otros textos procesales los que regulan estas cuestiones. Así la administración forzosa de las fincas embargadas (Art. 1.526 de la L.E.C.).

Siendo en la actualidad inadmisibile el incidente de nulidad de las actuaciones judiciales y debiendo hacerse valer los vicios procesales mediante los oportunos recursos (Art. 742 de la L.E.C.), parece que ello no obsta a que en el caso de que el Juzgado deba decretar la nulidad de lo actuado de oficio se pueda citar a las partes a una comparecencia verbal previa a dicha resolución (Art. 240 de la L.O.P.J.).

Entiendo que la limitación del Art. 240.2º de la L.O.P.J. consistente en que no se puede decretar la nulidad de actuaciones una vez recaída sentencia definitiva se debe entender en el sentido de que no será posible acordar una nulidad que comprenda actuaciones de la fase declarativa ya que ello sería dejar sin efecto la sentencia firme durante el periodo de ejecución, lo que no impide que se anulen actuaciones o proveídos defectuosos, dictados después de la sentencia si hay motivo para ello.

a) *Relación de los incidentes de inecuación con el principio de preclusión*

El incidente de ejecución puede ser utilizado por el ejecutado como un medio de oponerse a la ejecución en su totalidad o bien a la realización de algún acto ejecutivo concreto.

La cuestión surge cuando nos preguntamos si el ejecutado puede oponerse a la ejecución sólo a través de los recursos oportunos (Reposición y Suplicación) o puede hacerlo de otra forma promoviendo los correspondientes incidentes que hagan preciso un pronunciamiento especial del órgano executor al respecto.

Lo anterior guarda íntima relación con el principio de preclusión.

Dicho principio viene a significar que si no se impugnan las resoluciones (providencias y autos) que el Juzgado va dictando en el proceso, éstas devienen firmes y por lo tanto inatacables en momentos posteriores.

También se plasma el principio de preclusión cuando el Juzgado concede a las partes un plazo para efectuar alegaciones, realizar una actuación o impugnar una decisión, transcurrido el cual las partes no podrán efectuar la actuación u oponerse a lo adoptado. Este principio responde a una elemental necesidad de certidumbre y seguridad jurídica tanto para las partes, como para terceros, como para el propio órgano executor. Aunque me refiero principalmente al ejecutado lo anterior vale tanto para el ejecutante como para los posibles terceros.

En un principio no parece congruente, serio y honesto que el ejecutado o un tercero o incluso el propio ejecutante se haya ido aquietando a las providencias y autos dictados a lo largo de la ejecución, para luego en un momento

determinado promover un incidente que ponga en tela de juicio resoluciones ya adoptadas con anterioridad.

Del examen de los supuestos expresamente contemplados en la L.E.C, y en la L.R.J.S no se deduce la existencia de un incidente exclusivamente con templado para la oposición la ejecución, pero ello no debe excluirse en principio dado los amplios términos del Art. 236 de la L.R.J.S.

No obstante en aras de la protección de los principios de seguridad jurídica y de firmeza de las resoluciones judiciales ya señaladas se pueden expresar diversas premisas:

1. Si la cuestión objeto del incidente ya ha sido resuelta previamente en una providencia o auto a dicha decisión se deberá estar.
2. La promoción de los incidentes debe quedar limitada a supuestos concretos.
3. Es admisible el incidente cuando lo plantea un tercero que no ha intervenido con anterioridad en la ejecución.
4. El ejecutado puede promover el incidente cuando por cualquier causa no ha sido notificado de la resolución discutida, impidiéndole así su impugnación mediante el oportuno recurso.
5. Es factible la tramitación del incidente cuando la actuación del órgano ejecutor no reviste la forma de providencia o de auto, por ejemplo diligencia, nombramiento, tasación o en general cualquier otra actuación física.

LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS FIRMES DE DESPIDO .

Introducción

La figura del despido guarda conexión con la regulación procesal que la L.R.J.S. hace de dicha institución hasta el punto que se puede concluir que es la figura jurídica del Derecho Laboral más procesalizada siendo necesario para su perfecta comprensión no sólo el estudio que de dicha institución hace el Estatuto de los Trabajadores y los Decretos reguladores de las relaciones laborales especiales y la consiguiente doctrina y jurisprudencia, sino también se precisa el análisis de las previsiones que de dicho acto extintivo contempla la L.R.J.S. en lo referente a la demanda, acto de juicio, sentencia y ejecución provisional y definitiva.

Hay que apuntar en primer lugar que se observa en la nueva L.R.J.S. la necesaria revisión de la ejecución de las sentencias de despido a la luz de las sentencias del Tribunal Constitucional que reflejaban posturas ambiguas sobre todo en lo referente a la ejecución de las sentencias de despido nulo, debido todo ello a los problemas ocasionados con la redacción de la presente Ley de 1980.

En esta materia nos encontramos ante una problemática harto compleja debido a varias causas, entre los que se pueden citar las siguientes:

- La variedad de los posibles pronunciamientos de las sentencias (despido procedente, improcedente y nulo).

-Las consiguientes posibilidades de condena (readmisión del trabajador, indemnización, salarios de trámite).

- Probable juego de la ejecución provisional que dificulta en demasía la claridad de los pronunciamientos y más cuando los pronunciamientos de la sentencia de instancia son revocados por el Tribunal Superior.

- La escasa previsión imputable al legislador al seguir encerrado solamente en la regulación de un tipo de despido (el estrictamente disciplinario) de escaso juego en la realidad práctica de los Juzgados, olvidando increíblemente otras formas más corrientes de extinción del contrato que normalmente van unidos a formas de contratación temporal, lo que provoca unos enormes vacíos legales que provocan una inseguridad jurídica sólo paliada en parte por los pronunciamientos judiciales que no siempre son uniformes.

Dentro del despido declarado nulo y del improcedente es preciso distinguir entre la condena dineraria (indemnización y salarios de tramitación) y la condena a una obligación de hacer concreta y determinada que es la de readmisión; esta última obligación y su consiguiente ejecución es la que ocupa la regulación de los Arts, 278 al 286 de la L.R.J.S. y la que paso a exponer sin perjuicio del estudio que se hará de los pronunciamientos dinerarios (indemnización y salarios).

2. Requisitos necesarios:

La ejecución que nos ocupa en este momento requiere dos presupuestos previos:

- Una sentencia que declara el despido nulo o improcedente, en este último caso sin opción por el abono de la indemnización.

- Dicha sentencia ha de ser firme.

Por lo que respecta al primer requisito, la declaración de nulidad o improcedencia de despido con opción por la readmisión conlleva la obligación de la readmisión del trabajador en su puesto de trabajo, las otras obligaciones dinerarias referentes al abono de los salarios dejados de percibir serán ejecutables por los trámites de la ejecución dineraria (Arts. 248 y s.s.) y no interesan en ese momento, sin perjuicio de los consiguientes problemas referentes a su cuantificación y que serán estudiados posteriormente.

El requisito de la firmeza de la sentencia se regula en el Arc. 245.3º de la L.O.P.J. que señala que son firmes las sentencias contra las que no cabe recurso alguno, salvo el de revisión u otros extraordinarios que establezca la Ley.

Por tanto, a estos efectos es importante señalar la posibilidad de un recurso de casación para unificación de doctrina, que impediría la firmeza de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que resuelve el recurso de Suplicación frente a la sentencia de despido del Juzgado (Arc. 218 de la L.R.J.S.).

De esta forma para ejecutar en la forma que se va a estudiar habrá que esperar al transcurso del plazo de 5 días para anunciar el recurso de suplicación (Art.

191.2 LRJS) o el de 10 días para el de casación para unificación de doctrina (Art. 218 LRJS).

Pueden surgir problemas en el ejercicio de la opción entre readmisión o el abono de la indemnización si la declaración de improcedencia del despido la hace por primera vez la Sala de lo Social del Tribunal Superior.

¿Dónde se hace la opción? ¿En el Juzgado o en la Sala?

Hay que recordar que el Art 110.3º prevé sólo que se haga en el juzgado si bien sólo hace referencia al pronunciamiento de la sentencia de instancia.

En cualquier caso entiendo que el interesado deberá formular la opción en la Sala entre otros motivos porque sólo la Sala tiene la sentencia y la constancia del día de su notificación y por tanto sólo puede ser ella la que examine la regularidad de la opción.

A su vez, otra dificultad puede surgir, derivada de la tardanza en remitir la Sala los autos tras el oportuno recurso, con el consiguiente alargamiento de los salarios de tramitación en caso de incumplimiento de la obligación de readmitir.

No contempla la L.RJS el supuesto de ejecución de la sentencia que declare el despido procedente.

Entiendo que ello no es necesario si bien en algún supuesto puede ocurrir que sea necesario el solicitar la ejecución no sobre el pronunciamiento principal de, extinción del contrato, sin derecho a indemnización ni salarios de trámite, (Art. 109 de la L.RJS.) sino sobre otras consecuencias accesorias de dicho pronunciamiento, como por ejemplo el cese en el disfrute de la vivienda que ocupaba el trabajador por dicho contrato.

En estos casos la legitimación para instar la ejecución será del empresario, si bien estaremos ante una ejecución completamente distinta que la que nos ocupa y que regula el Art. 246 de la LRJS.

Antes de analizar los diferentes supuestos de ejecución es preciso adelantar una visión generalizada y crítica de la regulación de la ejecución definitiva en materia de despido que contempla la nueva Ley.

En primer lugar hay que señalar que la normativa del Texto Refundido va más allá de la ordenación material que del despido hace el Estatuto e incluso de la delegación conferida por la Ley de Bases. Además la redacción sufre en muchas ocasiones defectos e insuficiencias que provocan inseguridad, cuando no auténtica perplejidad.

No se hizo una clara distinción entre la ejecución del despido improcedente y la del despido nulo. Sólo por vía interpretativa se puede concluir que el legislador persigue la ejecución *in natura* (en sus propios términos) en el despido nulo y en el de representantes de los trabajadores, para permitir una ejecución sustitutiva o transformativa en los despidos improcedentes aunque en éstos también se persigue el cumplimiento en forma específica con el establecimiento de una indemnización adicional para el supuesto de no readmisión.

EJECUCION DE SENTENCIAS DE DESPIDO IMPROCEDENTE

Viene regulada en la LRJS en los Arts. 278 al 282 si bien, para su perfecta comprensión es preciso analizar otros preceptos del Texto Articulado y de el E.T.

A. Readmisión del trabajador

Para proseguir este procedimiento de ejecución es preciso que se solicite la ejecución de la obligación de readmitir en los supuestos de despido improcedente.

Para ello, la obligación de readmisión del trabajador puede venir impuesta expresa o tácitamente; de forma expresa por haber optado el empleador (Arts. 56.1º del E. T. y 110.3º de la L.P.L.) y de forma tácita al no haber ejercitado el empresario la opción en tiempo y forma (Art. 56.3º del E. T.).

Si la opción hubiese correspondido al trabajador por venir así atribuida convencionalmente y éste opta por la readmisión entiendo por las razones que apuntaré que el procedimiento a seguir es el previsto en los Arts. 278 al 282 de la Ley.

Si la opción por la readmisión la ejercitó un representante legal o sindical de los trabajadores no estaremos ante esta ejecución sino ante la del Art. 282.1º a).

Como ya apunté si lo que se insta es la ejecución en reclamación del abono de los salarios de tramitación o la indemnización legal, al tratarse de una obligación dineraria se ejecutará por los trámites de la ejecución dineraria.

B. Obligación previa del empresario.

1: El Art. 278 de la Ley parte de una obligación previa del empresario que es la comunicación por escrito al trabajador de la fecha de reincorporación al trabajo. La finalidad es evitar que como ocurría antes, se articulasen como ejecuciones de la obligación de readmitir meros retrasos en la comunicación del empresario.

Esta obligación del empresario es tan terminante que de no efectuarse en el plazo que se dirá, legitima al trabajador para solicitar la ejecución ex Art. 279.1º b) de la LRJS., lo que unido a la consideración «estática» de la solicitud de ejecución a la que luego me referiré, puede ocasionar problemas, al empresario poco diligente en la comunicación que puede ver extinguida la relación laboral con la oportuna condena dineraria.

El plazo que tiene el empresario para dirigir la comunicación al empleado es de 10 días siguientes a la notificación de la sentencia, con lo que en principio la ejecución que se inste antes, es plazo de espera y debe ser inadmitida. La fecha que el empresario debe señalar para la reincorporación no debe ser inferior a tres días desde la recepción de la comunicación.

El Art. 278 LRJS establece que el empresario deberá abonar los salarios comprendidos desde la fecha de la notificación de la sentencia (del Juzgado o

de la Sala) que por primera vez declare la improcedencia hasta que la readmisión tenga lugar.

En principio parece que el día final de dicho período es el día de la readmisión efectiva con independencia de que haya tenido lugar después del día señalado, pero continuando leyendo el precepto se observa que si la reincorporación se produce después del día señalado por causas imputables al trabajador, el empresario quedará exonerado de esos días de diferencia, con lo que el devengo de salarios hasta la readmisión parece reservarse para el supuesto de que el empresario no haya comunicado la fecha de reincorporación o que comunicada ésta se produjo más tarde por culpa del empresario.

C. Plazos para instar la ejecución

Es plausible la regulación que el Art. 279 LRJS hace de la solicitud de ejecución, aclarando anteriores lagunas e interpretaciones jurisprudenciales que ocasionaban bastantes problemas.

Aunque en un principio se pudiese pensar que estamos ante cuatro plazos distintos, en realidad nos encontramos sólo ante dos plazos en los que el ejecutante puede solicitar la ejecución sin pérdida de salario alguno y ante otro plazo que es el verdaderamente de prescripción que es el establecido en el Art. 279.2º LRJS.

Para una mayor claridad es preciso distinguir varios supuestos:

1. Si no existe comunicación de la fecha de reincorporación, el trabajador puede solicitar la ejecución dentro de los veinte días siguientes a la expiración de los 10 días desde la notificación de la sentencia. En este caso no habrá pérdida de salario alguno. (Art. 279.1º b).

2. Si existe comunicación del empresario el trabajador puede iniciar la ejecución dentro de los 20 días siguientes a la fecha señalada en los casos de falta de readmisión o irregular reincorporación (Arts. 279.1º a y c).

3. Incluso transcurridos estos plazos, el ejecutante podrá instar la ejecución, si bien no tendrá derecho a los salarios comprendidos entre el siguiente al plazo de 20 días señalado con anterioridad y el día que insta la ejecución (Art.279.2º).

4. Si el ejecutante insta la ejecución transcurridos 3 meses desde la firmeza de la sentencia, podrá el empresario alegar la excepción de prescripción Art. 279.2. Este plazo es de prescripción si entendemos por ella la pérdida del derecho a ejecutar la sentencia en lo que se refiere a la obligación de readmisión, ya que las anteriores sólo suponen la pérdida de ciertos salarios.

El Art. 279.3º LRJS indica que «todos los plazos establecidos en este artículo son de prescripción», El precepto se debe entender en el sentido arriba indicado y conlleva a que deba ser la empresa la que alegue dicha circunstancia sin que pueda ser apreciada de oficio por el Juzgado, a diferencia de la caducidad y que a su vez los plazos de prescripción se puedan

interrumpir por los mecanismos legales iniciándose de nuevo la totalidad del plazo y no suspendiéndose solamente *como* ocurre en la caducidad.

La anterior previsión deja sin efecto la anterior doctrina (sentencia del Tribunal Supremo en interés de Ley de 12-12-86) que establecía la caducidad de los plazos. .

El modo de alegar dicha excepción debe de ser en el momento de la comparecencia, siendo los efectos de su estimación distintos según los casos:

Si se alegó la prescripción del plazo de 20 días ello acarreará la pérdida de los salarios que excedan desde dicho plazo; en cambio si se excepcionó acerca del auténtico plazo de 3 meses de prescripción, el resultado será la pérdida del derecho a la ejecución de la obligación de readmisión, lo que no impide que el trabajador puede ejecutar de forma distinta el abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia.

Debemos entender que cabe la posibilidad de que sea el empresario el que inste la ejecución y ello por el posible interés en el trabajo a desempeñar por el ejecutante y en que no se devenguen más salarios de tramitación si bien este posible perjuicio puede ser salvado considerando que el empresario no debe cargar con los salarios hasta la readmisión efectiva si la reincorporación no se ha efectuado por causa imputable al trabajador en el plazo señalado.

No obstante la posibilidad de instar la ejecución por la empresa puede ser útil en el caso de que por cualquier motivo ésta no haya dirigido en el plazo de 10 días la comunicación de reincorporación al trabajador, si bien parece que aunque fuera de plazo se debería exigir antes de tramitar la ejecución el que el empresario realizase esta comunicación tardía.

También hay que decir que en este caso esta comunicación tardía y la posterior ejecución a instancia del empleador no puede impedir que el trabajador si así lo desea solicite la ejecución ya que estaríamos claramente en el supuesto del Art. 279.1.LRJS.

En los plazos de 20 días señalados se ve la similitud del incumplimiento de la readmisión con el despido disciplinario al establecerse idéntico plazo para reclamar frente a dicha actuación, si bien en la ejecución el plazo es de prescripción y no de caducidad como en el despido, analogía que motivó erróneamente a la jurisprudencia a considerar dichos plazos como de caducidad. Aunque en un principio la jurisprudencia exigió para que la readmisión se considerase regular no sólo la reposición del trabajador sino también el abono de los salarios de tramitación (Sentencia del. T. Supremo de 8-5-85) se produjo una evolución posterior que exigió que para reclamar los salarios pendientes se acudiese a los cauces de la ejecución dineraria, al tener perfiles distintos la obligación de hacer (readmisión) y la de dar (salarios de tramitación) según sentencia del Tribunal Supremo de 2-11-89.

D. Comparecencia. Objeto de debate

Al ser los plazos de prescripción, una vez solicitada la ejecución, el órgano judicial sólo estudiará la firmeza o no de la sentencia pero no examinará previamente si se encuentra o no fuera de plazo.

El Art. 278 LRJS exige una excesiva rapidez al órgano ejecutor obligando a citar a la comparecencia dentro de los cuatro días siguientes lo que será imposible efectuarlo con garantías en el caso de correo certificado con acuse de recibo.

Si el día de la comparecencia, no asiste el trabajador o su representante pese a estar citado en legala forma se le tendrá por desistido de su solicitud; esta solución es más correcta que la prevista en la Ley anterior que ordenaba el archivo de las actuaciones; de esta forma el trabajador podrá instar nuevamente la ejecución en tanto no haya prescrito el derecho por el transcurso del plazo de tres meses ya señalado, circunstancia que deberá ser alegada por la empresa en la nueva comparecencia en su caso.

No obstante el tema no es pacífico, admitiendo la posibilidad de reiteración Escartin (21) al igual que Duran López (22), que entiende que la ejecución primera desistida por la incomparecencia interrumpe la prescripción; en contra de esta opinión las sentencias del Tribunal Supremo de 23. 2-85, 23-3-90 y la del T.C.T.de 26-11-85).

Si el demandado debidamente citado no comparece, ello no impide que el acto se celebre sin su asistencia, en idéntico sentido que la no asistencia al acto del juicio oral.

Es interesante el estudio del objeto de la comparecencia. La normativa anterior a la LRJS, limitaba el debate de los hechos concretos de la readmisión irregular o de la no readmisión, el que la norma empleara el término concretos llevó a considerar una limitación de la *cognitio* en este acto imposibilitando la discusión de hechos o circunstancias distintas y considerando el cumplimiento o incumplimiento sólo en un momento estático que era la solicitud de ejecución.

Por su interes destaco varios pronunciamientos judiciales por lo que respecta al objeto del debate y la consideración de la irregularidad o no de la readmisión.

El Art. 211 de la L.RJS (actual 279) limita el ámbito procesal de la comparecencia allí regulada a una situación fáctica ya consolidada e inamovible, siendo sólo admisible la discusión de si ha habido o no readmisión en un tiempo ya pasado, o si en el mismo tiempo la readmisión realizada fue o no irregular» (Sentencia del T.C. T. de 21-1-87).

Los intentos de readmisión o los de modificar la irregular anterior tienen que haber ocurrido antes de pretenderse la ejecución por lo que son intrascendentes los posteriores o las promesas de cumplimiento futuro, pues de no ser así, la controversia judicial en la comparecencia, quedaría vacía de contenido, intentando acomodarse a una situación de inestabilidad fundada en

53

Escartin (21):"La aplicación práctica de la Reforma Laboral.Lex Nova 2013 pág 139s

Duran López (22):"Comentarios a la reforma laboral" 2013

nuevos motivos subjetivos o juicios de intención (Sentencia del T.C.T. de 26-4-88).

- Por tanto la anterior doctrina venía a concluir que no se podían enjuiciar conductas posteriores a la mera readmisión y la comparecencia se ciñe a una situación de hecho congelada e inamovible, anterior a la misma sin que valgan consideraciones ni hechos posteriores, como promesas de futuro cumplimiento empresarial.

Hay que decir no obstante que la rigidez anterior puede ser salvada si el ejecutante está de acuerdo con el ofrecimiento de readmisión posterior que se haga en el acto de la comparecencia lo que puede motivar un arreglo en conciliación que conllevará un archivo provisional de la ejecución con la consiguiente garantía de reapertura de la ejecución si se incumple dicho acuerdo (Art. 241.3 de la L.RJS).

“Una vez instada la ejecución por los trabajadores, la empresa no puede imponer la readmisión” (Sentencias del T.C.T. de 2-10-86 (R.A. 8.846) y 14-5-85 (R.A. 3.138).

“ El intento de la readmisión por parte del empresario debe efectuarse antes de que se pida la ejecución de la sentencia” (Sentencia del T.C. T. 21-1-87 (R.A. 1.132).

“La carga de la prueba de la readmisión le corresponde al empresario”, (Sentencia del T.C. T. de 5-10-82 (R.A. 5.209).

“La exigencia de la readmisión válida no se refiere sólo a la simple readmisión sino que ésta debe ser regular, es decir (T.C.T. 29-5-85 (R.A. 3.491), ajustada a la regla o norma aplicable y, por tanto, se debe realizar en el mismo puesto de trabajo y en idénticas condiciones a las existentes con anterioridad, dándole ocupación efectiva y en las mismas condiciones, puesto de trabajo, jornada, salario, etc...” (T.C.T. 11-6-85 (R.A. 3.864).

El horario forma parte de las condiciones de trabajo, por lo que la readmisión no tuvo lugar en las mismas condiciones, si la empresa alteró el horario que venía haciendo el actor desde hace más de veinte años» (T.C. T. 14-10-80 (R.A.5.018).

"Como ha venido admitiendo una reiterada y uniforme doctrina de este T.C.T. (Sentencias de 8-1-87 (R.A. 163) y 30-9-86 (R.A. 8.517) si en términos generales está vedado que en el trámite de ejecución de sentencia se modifique la cuantía del salario en ella declarado probado, de tal prohibición se excluye el supuesto de que los salarios allí fijados sean inferiores a los señalados por normas de derecho necesario, como son los sucesivos decretos que fijan el salario mínimo interprofesional, pues en tal caso; al ser coactiva y legal exigencia, deben ser aplicados, por cuanto necesariamente, debieron haberle sido abonados al trabajador durante el tiempo de sus respectivas vigencias".(Sentencia T.C.T. 9-6-87 (R.A. 12.617).

"En este incidente no puede pretenderse la modificación de los salarios de tramitación señalados en la sentencia, en base a los convenios colectivos vigentes durante la tramitación del recurso (T.C. T. 8- [86 (R.A. 29), 30-84 (R.A.

8.158), 27-2-85 (R.A. 1.352) Y 18-6-85 (R.A. 4.056), 30-9-86-{R.A. 8.571), pues el auto dictado debe respetar el salario declarado en sentencia, (T.C.T.8-1-87).

No obstante la limitación de la cognitio judicial consustancial a todo el proceso de ejecución, si se entiende de una forma absoluta puede ocasionar problemas ya que limitar el debate solamente a discutir si ha habido o no readmisión o si ésta ha sido regular encorseta en demasía la necesaria solución justa de la ejecución.

Se puede pensar que la eliminación del término "concretos" del Art. 279.1º nos puede ofrecer nuevas perspectivas que permitan una ampliación de la cognitio en esta ejecución.

Así se podrían traer al procedimiento cuestiones surgidas con posterioridad al título ejecutivo que puedan haber modificado o incluso hacer imposible la obligación de readmitir (posible sucesión de personas o entidades obligadas a la readmisión, sobre todo en casos de sucesión fraudulenta por desaparición de la anterior empresa, la amplitud del trámite incidental del Art. 238 y la necesaria celeridad y economía procesal favorecen el anterior argumento.

Además los perjuicios ocasionados y que pueden motivar una indemnización adicional también deben ser discutidos en la comparecencia lo que indica una cierta ampliación del objeto del debate.

El propio Tribunal Constitucional en alguna sentencia (33/1987 de 12 de marzo) parece acercarse a esta teoría al señalar "que el órgano judicial que conoce de la ejecución puede tener en cuenta, como cuestión previa la existencia de hechos obstativos a la readmisión efectiva no imputables al empresario".

Las posibles resoluciones que el órgano judicial puede adoptar tras la comparecencia son dos:

- Auto desestimatorio de la pretensión de ejecución si quedó acreditado la readmisión regular del trabajador.
- Auto extintorio de la relación laboral para el caso que se prueba la falta de readmisión irregular.

Me ratifico en lo ya indicado respecto a la posibilidad de arreglos amistosos en base a compromisos de readmisión siempre y cuando sean aceptados por el trabajador o dicho de otro modo el Juzgado no podrá requerir de oficio al empresario para que haga la readmisión en legal forma.

Gonzalez (24), señala que cabe una tercera resolución en el caso de que la readmisión no se haya efectuado por culpa del propio trabajador por ejemplo supuestos de dimisión o abandono en estos casos considera que el Juzgado puede declarar extinguido el contrato sin derecho a indemnización, aunque el

54

Gonzalez (24): "El Despido: Análisis pco de los aspectos sustantivos y procesales. Nueva regulación de los despidos colectivos. Thomson 2012, pág 379 ss

trabajador pueda reclamar los salarios desde la fecha del despido hasta la fecha señalada por el empresario para la readmisión.

Me parece excesiva dicha posibilidad ya que el estrecho cauce de ejecución no me parece el apropiado para este pronunciamiento más propio de una sentencia que resuelva una demanda por despido del propio trabajador.

Además el Art. 279.2º de la L.RJS. no deja al Juzgado más que las dos opciones ya vistas. Así lo entendió el T.C.T. en su sentencia de 4-6-87 (R.A. 12.243) al indicar que «si la readmisión fue regular y el actor abandonó el trabajo, no es posible al Magistrado más que pronunciarse sobre si se ha llevado o no a efecto la readmisión del trabajador o si ha concurrido la irregularidad denunciada o no ha tenido lugar tal supuesto; pero lo que evidentemente no puede acordar es declarar sin más la extinción de la relación laboral sin derecho a indemnización alguna, pues tal declaración de extinción solamente está prevista para cuando se aceptada la petición de ejecución, es decir cuando quedó en ella alguna circunstancia que permita tildarla de irregular pues si el que ejecutante abandonó o no el trabajo o incurrió o no en alguna nueva causa de despido, medios tiene el empleador para poner término a tal situación y no es el Magistrado quien ha de acordarlo».

No puedo pasar por alto la exigencia de que la resolución final deba revestir la forma de auto y no propuesta de auto, por ser resolutorio de una cuestión incidental, exigencia que de cumplirse cargaría aún más de trabajo a los Magistrados, cuando en realidad en la mayoría de los casos la resolución es automática y siempre se podría salvar con el requisito del conforme del Magistrado en la propuesta.

E. Auto extintorio. Indemnización y salarios

- En el caso de que se dicte el auto extintorio éste contiene los pronunciamientos básicos; por un lado declarará extinguida la relación laboral en la fecha del auto y por otro condenará a la empresa el abono al trabajador de una indemnización tasada (salvo la adicional) y a unos salarios dejados de percibir. Por lo que respecta a la extinción de la relación, dicho auto servirá de título al trabajador para tener acceso a las prestaciones de desempleo si reúne los otros requisitos carenciales (Art. 1.1º del Decreto 625/1985 de protección por desempleo).

La indemnización se calculará en atención a un período de tiempo. El Art. 279.2º b) señala como día final de dicho período la fecha del propio auto; el día inicial será el del ingreso en la empresa que figurará como antigüedad en los hechos probados de la sentencia de despido.

La cuantía será la prevista en el Art. 110 de la L.R.J.S. que remite a su vez al Art. 56.1º a) del E. T. (33 días de salario por año de servicio con una máximo de 24 mensualidades).

Ahora bien el propio Art. 110 de la Ley establece especialidades respecto a las indemnizaciones de los trabajadores ligados con relación laboral especial (Art. 2 del E. T.); así se pueden señalar los siguientes supuestos:

- Personal de Alta dirección (Real Decreto 382/85 de 1 de agosto) Art. 11.2º: indemnización pactada y en su defecto 20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades.
- Servicio del Hogar Familiar (Real Decreto 1.424/84 de 1 de agosto) Art. 10.1º: 20 días por año con un máximo de 12 mensualidades.
- Deportistas profesionales (Real Decreto 1.006/85 de 26 de junio) Art. 16.1º: a falta de pacto se fija judicialmente atendiendo a las circunstancias concurrentes y especialmente al lucro cesante del deportista.
- Representantes mercantiles (Real Decreto 1.438/85 de 1 de agosto): indemnización del Art. 56.1º del E. T., siendo el salario el promedio de ingresos en los dos últimos años o período inferior, con una posible indemnización por clientela si se dan los supuestos del Art. 11.
- Minusválidos en centros especiales de empleo (Real Decreto 1.368/85 de 17 de junio) Art. 16: indemnización del Art. 56.1º del E.T.
- Estibadores portuarios (Real Decreto-Ley 2/86 de 23 de mayo) Art. 19: Indemnización del E. T.

A su vez en los contratos temporales la indemnización puede ser diferente:

- Contrato de duración determinada del Real Decreto 2.104/84 (obra o servicio determinado, circunstancias de mercado, sustitución, lanzamiento de nueva actividad) el Art. 9 no establece indemnización alguna salvo pacto en contrario. El Real Decreto 2546/94. de 29 de diciembre, por el que se desarrolla el art 15 del Estatuto de los Trabajadores. En materia de contratación ha derogado el Decreto 2104/84 y en su articulado tampoco contempla indemnización alguna.
- Contratos temporales de fomento de empleo (Real Decreto 1.989/84 de 17 de octubre) el Art. 3.4º establece una indemnización de 12 días de salario por año. La sentencia del T. Supremo de 19 de julio de 1990 parece variar este criterio en el caso de despido producido antes de la extinción normal del contrato al señalar: «Al despido improcedente decidido, ante «tempus» en este contrato para fomento de empleo no corresponde la indemnización prevista en el Arr. 3.4º del Decreto 1.984/84 (12 días/año) establecida como «indemnización de terminación de contrato por transcurso del plazo convenido, si la indemnización contemplada en el Art. 56.1ºa) E. T.
- En los supuestos de trabajadores fijos discontinuos la indemnización sólo podrá ser la equivalente a los días efectivamente trabajados, sin que se puedan computar la antigüedad desde la fecha de ingreso de forma ininterrumpida (sentencias del Tribunal Central de 13 y 21 de septiembre de 1988.

La Ley prevé una novedad consistente en la posible imposición de una indemnización adicional de hasta 15 días de salario por año con un máximo de 12 mensualidades en atención a criterios tan vagos e imprecisos como «las circunstancias concurrentes y «los perjuicios ocasionados por la no readmisión».

Debo señalar que esta indemnización adicional careció de apoyo suficiente si se examina la Ley de Bases y en cierta forma rompe la tradicional línea de indemnización tasada y objetiva, dejando al arbitrio judicial la fijación individual

de la indemnización que en materia de despido; no lo olvidemos no podía ser entendida como una indemnización de daños y perjuicios en sentido civil de compensación y restitución en la anterior situación.

La disyuntiva en que se coloca al órgano judicial es importante dado la segura alegación por el trabajador de dichos perjuicios y la ambigüedad de los requisitos para su imposición.

Para el caso de que se imponga hay que tener en cuenta que es una facultad y no una obligación su establecimiento y que precisará de una alegación y prueba a efectuar en el acto de la comparecencia, que su imposición se debe de hacer dado su carácter sancionador de una forma restrictiva, no pudiéndose valorar los perjuicios meramente ocasionados por la simple pérdida del puesto de trabajo.

Los salarios de tramitación forman parte del pronunciamiento de condena del auto y son calculados según el Art, 279.2º) desde la fecha de la notificación de la sentencia que por primera vez declara la improcedencia hasta la fecha del auto.

El precepto no recoge los devengados desde la fecha del despido, pero es útil y práctica de los Juzgados englobarlos también en el auto. No olvidemos que este auto extintorio será en la práctica el auténtico título ejecutivo para solicitar la ejecución dineraria respecto al pago de la indemnización y salarios de tramitación, de ahí la conveniencia de recoger todos los salarios a no ser que se haya acreditado el abono de los correspondientes al primer período.

Como ocurría al hablar de la indemnización hay supuestos especiales respecto al cálculo de los salarios de tramitación y que son:

- Trabajadores contratados en la Administración: los salarios sólo se devengan hasta el día en que se cubra de forma reglamentaria la plaza (sentencia del T. Supremo de 3-11-88) ya que en ese momento de cobertura reglamentaria se extinguiría normalmente el contrato.
- Trabajadores fijos discontinuos: sólo se devengan los que hubieran percibido en el tiempo, campaña o curso de no producirse el despido (Sentencias del T.C.T. de 13 y 21 de septiembre de 1988 y 25-4-89).
- Trabajadores temporales en general: si el despido es anterior a la fecha de terminación temporal de contrato, los salarios sólo pueden alcanzar hasta la fecha de vencimiento normal de aquel (Sentencia deL T.C.T de 10-5-88).
- Los trabajadores con relación especial de Alta dirección no tienen derecho a salarios de tramitación (Sentencia del T. Supremo de 910-89).

Entiendo que el empresario no podrá reclamar nunca al Estado ex Art. 116 L.RJS. los salarios de tramitación desde la sentencia de despido hasta la fecha del auto en el posible exceso que pueda ser responsabilidad del Estado, ya que el Art. 57.5º del E. T. limita la responsabilidad estatal al período comprendido desde el despido hasta la notificación de la sentencia pero no al posterior a dicha notificación.

Numerosos reparos se pueden hacer a esta ejecución transformativa (no olvidemos que se sustituye o transforma la primitiva obligación de readmitir por otra condena dineraria).

A estos efectos Ordeig Fos (23) señala que el E.T. no establecía la indemnización como sustitutoria de la no readmisión, sino: como alternativa en la opción empresarial; no obstante indica que en el propio E.T. se percibe un «aire diferenciador» entre el despido nulo (readmisión obligatoria) y el despido improcedente (mera opción facultativa por la readmisión) que puede legitimar la regulación de esta ejecución.

En este sentido también se puede señalar que el legislador no estuvo muy afortunado al sustituir la obligación de readmisión por una indemnización sobre todo la adicional ya vista que sobrepasa los límites impuestos por la Ley de Bases; quizás hubiese sido más afortunada la solución si lo que se deseaba era la ejecución con efectiva readmisión, de acudir a los apremios pecuniarios del Art. 241 de la L.RJS.

Lo que no parece congruente es no aprovechar estos estímulos psicológicos *que pueden presionar a la readmisión del trabajador para luego optar por una indemnización adicional en base a criterios muy vagos y con poco apoyo en la norma delegante.*

Además todo el mecanismo de ejecución del despido improcedente chirría aún más si tenemos en cuenta que dentro de las Disposiciones de carácter general que contempla la LRJS, el artículo el Art. 241 establece que la ejecución (se entiende de “todas las sentencias” sin distinción) se llevará a efecto en los propios términos establecidos en la sentencia.

No obstante haber señalado los anteriores reparos hay que decir que los Arts. 924 y S.S. de la L.E.C. prevén con carácter general la ejecución transformativa cuando el obligado a hacer alguna cosa no la hace, entendiéndose que en este caso opta por la indemnización de danos y perjuicios (Art. 1.098 del C. Civil).

Ahora bien, esto mismo puede ocurrir en el despido nulo y en cambio el legislador opta por la ejecución en sus propios términos, de ahí que se pueda, deducir ese aire diferenciador del que habla Ordeig Fos (23) y que nos puede llevar a considerar el despido improcedente incluso con opción por la readmisión como un despido de “segundas”.

F. Devengo de intereses

Ya se señaló con anterioridad, que el Art. 576 de la L.E.C, es de aplicación no sólo a las sentencias de cantidad líquida, sino también a los autos. En este sentido el auto extintorio de la relación laboral contiene una condena líquida por lo que respecta a la indemnización y los salarios de tramitación.

En este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1988. En la misma línea el Tribunal Central estableció que la indemnización y salarios de tramitación comienzan a devengar interés a partir de la fecha en que se dicta el auto determinando la cantidad líquida. Cuestión que se debe resolver en el trámite de ejecución de sentencia (T.C.T. 1-4-86

55

(R.A. 2.027 Y 2.028); 2-4-86 (R.A. 2.074 Y 2.075); 2-9-86 (R.A. 7.234) T. Supremo 9-7-84 (R.A. 4.138) y 14-5-85 (R.A. 2.709).

G. Recurribilidad en suplicación del auto

a) Consignación de la condena

Está claro que el auto extintorio de la relación laboral se dicta en ejecución de una sentencia, por lo que en aplicación del Art. 245.1º no es necesario efectuar consignación de la condena para recurrirlo en suplicación.

La jurisprudencia anterior a la nueva L.RJS entendió en algunas ocasiones la obligación de consignar la condena, teniendo en cuenta la finalidad asegurativa del cumplimiento ulterior de la resolución en caso de confirmación de la resolución; además de esta forma se evitaban también recursos meramente dilatorios.

Era frecuente que el condenado no recurriese la sentencia de despido para así evitar la consignación de los salarios de tramitación, para recurrir después el auto extintorio, alargando maliciosamente el procedimiento y consiguiendo tiempo para ocultar sus bienes.

Hubiera sido aconsejable que el legislador hubiese establecido esta excepción en el Art. 245.1º o en caso contrario hubiera exigido la constitución de un aval o fianza para recurrir en suplicación.

Debo de observar que el auto extintorio de la relación laboral es un auténtico título de ejecución distinto que la sentencia de despido que le sirve de base, con lo que se acerca más su naturaleza a una auténtica sentencia independiente de la de despido, que a un auto normal y corriente dictado en ejecución de sentencia; piensese que el fallo del auto extintorio es diametralmente distinto que el de la sentencia que le sirve de soporte.

Por otro lado en la práctica de los Juzgados el incidente de no readmisión se suele tramitar en los autos de juicio (proceso declarativo) y sólo una vez dictado auto extintorio y solicitada la ejecución de dicho auto se forma el oportuno procedimiento de ejecución contenciosa.

Todos estos argumentos debían de haber conducido a la exigencia de consignación de la condena para recurrir.

Lo que si será obligatorio será el depósito de los 300,00 euros, ya que el Art. 245.1º sólo habla de consignación y el Art. 229 no habla sólo de sentencia, a diferencia del Art. 230.

Si la empresa recurre el auto, se devengarán los intereses del Art. 576 de la L.E.C. si la resolución fuese confirmada; si fuese revocada en parte la Sala deberá resolver sobre este punto razonándolo al efecto.

Por último no debe plantear dudas la recurribilidad de este auto al amparo de lo dispuesto en el Art. 191.2º de la L.RJS. al ser éste el supuesto típico de punto sustancial no controvertido ni resuelto en el pleito ni en la sentencia al ser

posterior. Además la limitación referente a que la sentencia hubiese sido recurrible en suplicación no debe de preocupar ya que dicho recurso procederá en todo caso al tratarse de un despido (Art. 191.1º LRJS).

4. EJECUCIÓN DE SENTENCIA DE DESPIDO NULO

Es en este punto donde aparecía a mayor novedad, pues la anterior Ley unificaba el régimen de ejecución del despido improcedente y del nulo en cuanto a la obligación de readmitir posibilitando en ambos casos la sustitución de dicha obligación por el abono de una condena dineraria, si bien salvaba con poco apoyo legal el supuesto de los representantes de los trabajadores con la ejecución en sus propios términos y que luego hizo extensiva la jurisprudencia al despido nulo radical.

Esta unificación chocaba claramente con los distintos efectos que el Estatuto de los Trabajadores anudaba a los dos despidos, lo que obligó al Tribunal Constitucional a hacer un auténtico esfuerzo dialéctico para justificar la regulación anterior.

Son significativos algunos pronunciamientos del Constitucional que por su interés destaco: «... ejecución en la que, por razones atendibles, la condena es sustituida por su equivalente pecuniario... Sin embargo la cuestión de la posible ilegalidad quedaba abierta a la resolución de los Tribunales ordinarios porque sólo a ellos compete adoptar decisiones respecto del modo en que hayan de entenderse, interpretarse y aplicarse la legalidad ordinaria» (sentencias de T. Constitucional 58/1983 de 29 de junio, 69/1983 de 26 de julio).

Esto en palabras llanas es «pasar el problema a los Juzgados» .

En otras ocasiones el Tribunal Constitucional llegó a indicar que «tan constitucional es una ejecución en la que se cumpla el principio de identidad total entre lo ejecutado y lo establecido en la sentencia, como una ejecución en la que por razones atendibles la condena es sustituida por su equivalente pecuniario" (T. Constitucional 1 09/84 de 26 de noviembre).

A pesar de todo ello, los esfuerzos de nuestro Tribunal Constitucional no tuvieron acogida por el nuevo legislador procesal que preocupado de la discordancia entre el E. T. y la L.P.L. ya indicó en esta propia Ley de Bases que las consecuencias del despido se debía de realizar de conformidad con lo dispuesto en las Leyes (se entiende del E. T.) e imponiendo que la ejecución de las sentencias se efectuase en sus propios términos, sin alteraciones en el contenido de la condena (Bases 21ª.3 y 39ª.I).

De esta forma los Arts. 279 y ss. del Texto Articulado regulaban una ejecución en sus propios términos, netamente distinta de la prevista para el despido improcedente con lo que se corrobora ese «aire diferenciador" al que Ordeig Fos (23), hacía referencia.

56

Debo adelantar que la ejecución a la que haré referencia debe ser interpretada en términos restrictivos, no pudiendo incluirse en el Art. 280 más supuestos de los que expresamente ha previsto el legislador ya que en caso contrario la Ley hubiese optado por una formulación más genérica (del estilo de la del Art. 278), posibilitando la introducción de supuestos análogos.

Por otro lado y como señala Ordeig Fos (23) la ejecución en forma específica; supone la excepción a la regla general de cumplimiento de las obligaciones en Derecho privado que prevé la indemnización de daños y perjuicios cuando el obligado a hacer una cosa no lo cumple (Arts. 1.098 del C. Civil y 924 y ss de la L.E.C.) pero sin que quepa que el deudor sea compelido físicamente (constricción) a cumplir materialmente la obligación de readmitir.

No obstante, como indiqué antes, también surge la duda ya que el Art. 239.1º (de aplicación a todas las sentencias prevé la ejecución en forma específica).

A. Supuestos de ejecución en sus propios términos

El Art. 280 es presidido por el mandato de que la ejecución sea en "los propios términos» con lo que la readmisión debe ser efectiva sin posibilidad de ser sustituida por una compensación económica.

I. Representación de los trabajadores:

Por tales se entienden los Delegados de Personal, los miembros del Comité y los Delegados de las Secciones Sindicales, éstos últimos por la equiparación que de ellos hace la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

La singularidad de este supuesto es que el despido no es nulo sino improcedente, pero la readmisión es obligatoria por haber optado por ella el representante. Este caso ya lo contemplaba el antiguo Art. 212 y no plantea problemas.

Entiendo que los despidos nulos de estos representantes se ejecutarán en sus propios términos pero por imperativo del Art. 280.1º b).

Es interesante dilucidar si en el presente supuesto tiene encaje el caso de despido improcedente de un simple trabajador pero que ha optado por la readmisión por tener atribuido dicho derecho en Convenio Colectivo o pacto individual o cuando estos acuerdos establecen la readmisión obligatoria.

57

Marcelino Murillo (24) entiende que sería de aplicación analógica el Art. 279.1º; en contra de esta opinión se muestran Marín Correa y Duran López (25), al igual que Ordeig Fos (23) dado el carácter restrictivo de la ejecución específica y el listado letrado de supuestos del Art. 279.

Razonable parece esta última opinión, pero las dudas surgen como ya indiqué del mandato taxativo y sin distinción que ate el Art. 239.1º para todas las sentencias (y por tanto también para este supuesto); por otro lado la mejora que quiso atribuir el convenio o el contrato a estos trabajadores protegiendo su estabilidad en el empleo se vería rota si admitimos la posibilidad de ejecutar con compensación económica.

2. *Despido nulo.* Es aquí donde el texto refundido de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social recoge las mayores modificaciones ya que se limita a señalar que la sentencia se ejecutará en sus propios términos cuando se declara la nulidad del despido. En cambio la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 contemplaba tres supuestos distintos de nulidad ejecutable en sus propios términos y que eran la antigua nulidad radical o discriminatoria,
3. la nulidad por defectos de forma, si bien condicionada a que no se efectuase un nuevo despido en los siete días siguientes y por último la nulidad del despido de un trabajador con contrato suspendido (art 280.1º de la LRJS y 279.1º b) c) y d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social).

Hay que decir que la limitación de los supuestos de ejecución en sus propios términos, de los despidos nulos, ha venido determinada más bien, no por la nueva Ley de Procedimiento Laboral sino por la modificación operada en el Estatuto de los Trabajadores ya que tras la reforma laboral y el nuevo texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, el despido nulo queda reservado para el que se produzca con atentado a derechos fundamentales o al principio de no discriminación en la práctica, casi siempre será, el de los representantes sindicales de los trabajadores pasando la nulidad por defecto de forma y la pintoresca nulidad de los trabajadores con contrato suspendido, a ser supuestos de improcedencia (art 55.4º y 5º del Estatuto de los Trabajadores y 108 de la LRJS).

Cabe preguntarnos si pueden admitirse dentro de la ejecución («in natura» que contempla el art 280.1º b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, otros supuestos distintos que el del despido discriminatorio o atentatorio a derechos fundamentales. Entiendo que sí y ello porque el precepto, al igual que otras normas, hace hincapié de una forma incomprensible sólo en un tipo de despido que es el “Despido disciplinario” que actualmente no es el que con mayor frecuencia se da en la vida laboral, olvidando otras formas de extinción del contrato más frecuentes.

58

Marcelino Murillo (24): “Derecho procesal laboral” Tecnos 2009

Ordeig Fos(23): “El despido: un análisis práctico”, Bosch pág 222

Marín Correa y Duran López (25): “La ejecución provisional de sentencias proceso laboral” Pág 126ss

En este sentido se deberán ejecutar en sus propios términos declaraciones de nulidad de extinciones de los contratos en los casos siguientes:

A.-La extinciones de contratos por causas objetivas del Art. 52.C) del Estatuto de los Trabajadores, con el fin de eludir los requisitos y trámites establecidos en el art 51 del Estatuto para el despido colectivo, en un número inferior a los umbrales señalados, ya que las mismas se consideran efectuadas en fraude de Ley y deben ser declaradas nulas y sin efecto.

B.-El despido o extinción colectiva de contratos de trabajo basada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, fuerza mayor, extinción de la personalidad jurídica, realizadas sin la autorización judicial del juez del concurso, artículos 51 del E.T. y 124.9 de la L.RJS.

C.-La extinción de un contrato por causas objetivas declarada nula por defectos de forma si bien en este caso cabe realizar otra comunicación posterior de extinción "in natura", vendrá condicionada a su existencia, así como la misma extinción declarada nula por discriminatorio o atentatoria a derechos fundamentales.

D.-La declaración de nulidad de la medida empresarial que modifica sustancialmente las condiciones de trabajo (art. 138.7º de la L.RJS). Recordar que la ejecución en sus propios términos en estos casos queda reservada para el supuesto de que la medida sea nula por fraudulenta, al eludir el empresario las normas establecidas para la modificación colectiva de las condiciones de trabajo (art. 138.5º de la LRJS. ya que si la calificación de la medida es meramente .de injustificada la Ley autoriza la ejecución sustitutoria.

Debo señalar que con la actual normativa del E. T., que limita ampliamente los supuestos de nulidad del despido disciplinario quedarán fuera de la ejecución en sus propios términos y de la consiguiente readmisión obligatoria antiguos supuestos de nulidad frecuentes en los Juzgados.

En este sentido los trabajadores con un despido nulo al servicio de la administración y cuya nulidad venía determinada por una contratación tiempo real ilegal o fraudulenta, se veían "reconvertidos» en hijos de la Administración, con grave quiebra de los principios constitucionales de igualdad, publicidad, méritos y capacidad, y acceso a la función pública. Con el actual E. T. los ceses de estos trabajadores medie o no comunicación estricta serán siempre improcedentes y la Administración podrá optar por la extinción indemnizada de sus contratos debiendo cubrir vacantes en forma reglamentaria.

Siguiendo con la contratación temporal, si el despido nulo se produjo antes del vencimiento temporal del contrato y establecida en la Sentencia la obligación de readmisión hay que indicar que la misma se debe producir en las mismas condiciones anteriores al despido y por tanto con la misma condición de la

temporalidad, es decir que la readmisión lo será sólo hasta que el contrato lleva que a su vencimiento, con lo cual sólo se podrá reclamar salarios.

Por lo que respecta a la nulidad de los despidos de trabajadores fijos discontinuos, la readmisión debe ser en las mismas condiciones y por lo tanto, sólo serán llamados en los períodos, campañas y temporadas para las que fueron inicialmente contratados.

Respecto a los salarios de tramitación debo reiterarme en lo ya indicado al tratar la ejecución del despido improcedente, en cuanto a la limitación de los devengados en los contratos temporales y en los fijos discontinuos.

B. Procedimiento

El procedimiento de ejecución del despido nulo es farragoso, largo y complicado y persigue en última instancia que se cumpla con la obligación de readmisión por medio de unos «estímulos psicológicos» que presionen al empresario a readmitir nuevamente al productor.

El alargamiento excesivo del proceso deriva de que puede ser necesario tres solicitudes de ejecución del trabajador, dos requerimientos de readmisión del Juzgado e incluso es posible que después de todo ello haya que adoptar unas medidas de aseguramiento y una imposición de una sanción de dudosa legalidad.

Para una mayor comprensión es necesario distinguir varias etapas:

Etapas previas:

La doctrina se plantea si el Art. 27 es de aplicación también al supuesto de despido nulo. En principio el tenor literal del precepto nos conduce a una conclusión negativa ya que el Artículo comienza expresando «cuando el empresario haya optado por la readmisión u opción imposible en el despido nulo al ser la readmisión obligatoria.

En este sentido también se puede que la finalidad de la comunicación de la fecha de la reincorporación carece de sentido en el despido nulo ya que el empresario sabe que es obligatoria la readmisión inmediata del trabajador desde la notificación de la sentencia. (Art. 55.6° del E. T.).

Ahora bien, no se puede excluir sin más la posibilidad de que el empresario pueda efectuar dicha comunicación, lo que evitará como se vio al tratar el despido improcedente, que se articulen como ejecuciones e incumplimientos meros retrasos en la obligación de readmitir, además los posibles perjuicios en un retraso de la comunicación quedarían salvaguardados al deber abonarse salvo culpa del trabajador los salarios dejados de percibir hasta la fecha de la readmisión efectiva.

Por otro lado, de no entender aplicable el Art. 278, la consecuencia sería que la readmisión es obligatoria desde el día de la notificación de la sentencia, lo que

en muchos casos puede plantear problemas al trabajador por no poder cumplimentarla con dicha rapidez.

1ª Solicitud:

El Art. 280.2º no nos indica el plazo para solicitar la ejecución. Las posibles soluciones ante esta laguna son tres: considerar el plazo de prescripción general de 1 año establecido en el Art. 59 del E. T. y 241.1º de la LRJS lo que parece excesivo; estimar que el plazo es el de 3 meses señalado en el Art. 279.2º de la LRJS., o por último considerar que el plazo es de 20 días del Art. 279.1º.

Estimo que en el despido nulo también serán de aplicación los plazos del Art. 279, repárese en que dicho precepto no habla para nada de despido improcedente sino que nada más señala «cuando el empresario no procediese a la readmisión» con lo que lo entiendo de plena aplicación también al despido nulo.

Así el trabajador podrá solicitar la ejecución y la consiguiente readmisión dentro de los 20 días siguientes a la fecha señalada para la readmisión si ésta no se produjo o fue irregular, o dentro de los 20 días siguientes a la expiración de los 10 concedidos para la comunicación de reincorporación, sin perdido en ambos casos de salario alguno.

Si se solicita la readmisión más tarde perderá los salarios devengados desde el día siguiente al vigésimo señalado hasta que solicite la ejecución pero podrá obtener el cumplimiento forzoso de la readmisión y de los sucesivos salarios.

Como se vio antes, el auténtico plazo de prescripción es el de 3 meses desde la firmeza de la sentencia que supone que transcurrido no se podrá obtener la ejecución si así se exceptiona por la empresa obligada; pero incluso en este caso lo que se perdería sería la posibilidad de ejecutar la readmisión, no así los salarios dejados de percibir señalados en la sentencia, por los menos los comprendidos desde el despido hasta dicha sentencia ya que el Art. 241.2º de la Ley indica que en todo caso el plazo para reclamar el cumplimiento de las obligaciones de entregar sumas de dinero será de un año.

Primer requerimiento:

Solicitada la ejecución el Art. 280.2º obliga al Juzgado a requerir a la empresa para que reponga (totalmente o en debida forma si la readmisión es irregular) al trabajador en su puesto de trabajo en el plazo de 3 días.

Obsérvese que este requerimiento se adopta automáticamente y sin necesidad de audiencia previa de la contraparte, lo que refuerza mi opinión de que por lo menos se debe conceder a la empresa la posibilidad de comunicar en el plazo de 10 días la fecha de reincorporación.

Sorprende por otro lado que se pueda ya desde el primer momento adoptar las medidas del Art. 284 si lo solicita la parte y digo esto porque dichos acuerdos se adoptan normalmente sólo tras otra solicitud de ejecución, posterior comparecencia, 2º requerimiento incumplido y posterior puesta en

conocimiento del Juzgado el incumplimiento empresarial, por lo que me parece excesiva su adopción y más sin audiencia previa de la empresa.

4. *La solicitud del trabajador:* Si el empresario incumpliese el requerimiento de readmisión el Art. 283.1º permite al trabajador solicitar la ejecución del fallo. El precepto a mi juicio incurre en un error al considerar que sólo en ese momento se insta la ejecución cuando estimo que la 1ª solicitud es la que verdaderamente inicia el trámite ejecutivo y más si como se indicó se pueden adoptar las medidas del Art. 284.

En este caso el Art. 283.1º si prevé los plazos para instar dicha solicitud fijándolos en 20 días siguientes al tercero, al que hacía referencia el primer requerimiento. Considero que si se efectúa la solicitud transcurrido dicho plazo el efecto no puede ser otro que la pérdida de los salarios correspondientes al período comprendido desde la finalización de esos 20 días hasta el día que formuló la solicitud.

Esta consecuencia no la prevé el Art. 283 pero entiendo que es así por aplicación analógica del Art. 279 y no poder salir más perjudicado el trabajador en el despido nulo que tiene una mayor carga de antijurídico que en el improcedente, con lo que me parece excesivo la solución alternativa de posibilitar a la empresa alegar la prescripción transcurridos esos 20 días.

Por las mismas razones entiendo que el auténtico plazo de prescripción será el de 3 meses a contar en este caso no desde la firmeza de la sentencia, ya que este plazo se tuvo en cuenta para la solicitud de ejecución, sino desde el día siguiente al tercer día señalado como plazo máximo para la reincorporación.

El trámite posterior es análogo al previsto en el despido improcedente, por lo que respecta a la citación y celebración de la comparecencia de los Arts. 278 y 279; si bien aquí el auto resolutorio no declarará extinguido la relación laboral si se estima que no se produjo la readmisión regular sino que dará lugar a un 2º requerimiento de readmisión.

2º *requerimiento:* Si ocurre lo anterior, el Juzgado requerirá a la empresa para que reponga en debida forma al trabajador en el plazo de 5 días con la advertencia de que de no efectuarlo se adoptarán las medidas previstas en el Art. 284.

3ª *solicitud:* Más que una solicitud de readmisión, lo que hará el trabajador será poner en conocimiento del Juzgado que el empresario no ha cumplido el 2º requerimiento lo que ocasionará que el Juzgado de forma automática y sin audiencia de la contraparte adopte las medidas del Art.282.

C. Medidas tendentes a que se cumplido la readmisión

Son de diferente tipo, planteando algunas serias dudas de eficacia e incluso de legalidad.

Se pueden distinguir diferentes clases:

A) *Salariales*. Al incumplimiento de la orden de readmisión el legislador contesta mediante una ficción, esto es considerando que el actor se encuentra readmitido y trabajando, sin que el hecho de no hacerlo impida que se apliquen las mejores y revalorizaciones de su salario como si estuviese en activo ya que se obliga a que el trabajador siga percibiendo su salario con la misma periodicidad y cuantía establecida en la sentencia pero como desde dicha resolución hasta que sea readmitido puede pasar mucho tiempo obliga a que se aplique los incrementos convencionales o legales que procedan.

Esta revalorización del salario se deriva en parte de la naturaleza salarial y no indemnizatoria de los salarios de tramitación en el despido nulo que conlleva a que la extinción del contrato no se produzca con la sola comunicación del despido. (Sentencia del T. Supremo de 22-8-81).

Este abono continuo *del* salario en caso de prolongado retraso la readmisión obligaría a embargos continuos y despachos de ejecución reiterativos por lo que en aras de una mayor celeridad el Art. 284 prevé la ejecución por una cantidad igual a 6 meses de salario, que una vez depositadas en La cuenta del Juzgado se irán entregando al trabajador con La oportuna periodicidad (normalmente cada mes), si transcurridos esos 6 meses se sigue sin readmitir se despachará un sucesivo embargo por idéntico período y así sucesivamente, salvo que antes se produzca la readmisión efectiva con, lo que se devolverá ala ejecutada el posible sobrante si existiere tras las oportunas cuentas.

Ordeig Fos (23) señala los defectos de lentitud e ineficacia de esta ejecución lo que además puede conllevar a situaciones complejas y perjudiciales para el propio trabajador (piénsese en empleados con bajos salarios, a los que su percibo no compensa de los inconvenientes derivados de no poder acceder a las prestaciones de desempleo).

B) Medidas de Seguridad Social.

El Art. 284.b) prevé que el órgano judicial adopte los acuerdos necesarios para que el trabajador continúe en alta y con cotización a la Seguridad Social. En este caso la medida consistirá en librar un oficio a la Tesorería Territorial (no Entidad Gestora, como erróneamente señala el precepto, si no Servicio Común) para que el trabajador continúe en esta situación.

Aunque no lo indica la Ley, habrá que indicar a la Tesorería la fecha desde la que debe estar de alta que es La del ingreso en La empresa pero que normalmente será a partir del día del despido en que casi con seguridad la empresa le dio de baja; Asimismo se deberá señalar que el productor debe seguir de alta hasta que el Juzgado indique lo contrario que ocurrirá cuando la empresa readmita al trabajador o cuando se extinga la relación ex Art. 284 de la L.RJS.

La obligación de cotizar a la S. Social por este período puede ocasionar

59

descubiertos de cotización que motiven procedimientos administrativos de apremio en recaudación de las cuotas adeudadas. Otra vez vuelve a reflotar la idea de qué en el despido nulo no se extingue la relación con la comunicación empresarial, sino que la relación laboral sigue viva

C) Medidas garantizadoras de las funciones representativas.

El Juzgado deberá requerir al empresario para que el Delegado de Personal, miembro del Comité o Delegado Sindical continúe en el acto de la empresa, desarrollando sus funciones y actividades propias de su cargo, advirtiendo al empresario de que en caso contrario se pondrán los hechos en conocimiento de la autoridad, laboral a los efectos de la oportuna sanción de acuerdo con la Ley 8/1988 de abril de infracciones y sanciones del orden social.

Esta medida es novedosa. La posibilidad que tenía la empresa de apartar al trabajador de La empresa mediante el abono sucesivo del salario podía dejar vaciada de contenido sus funciones representativas, defecto que observado por el legislador subsanado mediante esta medida.

Ordeig Fos (23) señala que la introducción en esta ejecución de la Tesorería y de la Dirección Provincial de Trabajo puede acarrear problemas de ineficacia o dualidad de sanciones, pudiendo ser inconstitucional a la luz de los Arts. 117.3º de la Constitución y 2 de la L.O.P.J., no siendo aconsejable que las incidencias y recursos suscitados en esa vía administrativa se resuelvan por la propia Administración, con impugnación ulterior a la vía contencioso administrativa en su caso.

La LRJS recoge la posibilidad contemplada en el Anteproyecto consistente en remitir las actuaciones al Ministerio Fiscal a los efectos de depurar las posibles responsabilidades por conductas delictivas.

Escartin (21) no descarta la posibilidad de perseguir penalmente dicha conducta y cita la sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 1989 que estas señalar el carácter restringido de dicha posibilidad la admite en algunas ocasiones no como mecanismo de coacción como de penalización por el incumplimiento de determinadas conductas.

Al trabajador en cualquier caso siempre le queda a posibilidad de solicitar la extinción de su contrato ex Art. 50 del E. T. por falta, ocupación efectiva.

D) Apremio pecuniario.

Como una especie del género de los apremios señalados en el Art. 241, se preveía en el Art. 284 LRJS, con carácter obligatorio el Juez acordará, la imposición de una sanción cuya cuantía fijará el órgano judicial atendiendo a las circunstancias del despido, dimensión y situación económica de la empresa y puesto que ocupaba el trabajador.

60

Escartin (21); "La aplicación pca de la Reforma Laboral". Lex Nova 2013, pág 399

Ordeig Fos (23): "Sistema español de la Seguridad Social. Ed Derechos Reunidos 1982

En la anterior regulación se establecía que, la cuantía se comprendía entre una y cuatro veces el salario diario del ejecutante por cada día de retraso en la obligación de readmitir.

El artículo 284.2º de la LRJS, establece que cuando el empresario no diese cumplimiento a la readmisión... el secretario judicial acordara las medidas...el trabajador continúe percibiendo su salario con la misma periodicidad y cuantía que la declarada en sentencia... a tal fin, cumplimentara la autorización contenida en el auto despachando ejecución...por una cantidad equivalente a seis meses de salario...

Esta sanción, al igual que los apremios pecuniarios del Art. 238 se ingresaba en el Tesoro Público.

Numerosos autores se plantean la legalidad de este apremio, que según ellos es una sanción encubierta y que por tanto exige una Ley formal para su imposición, carácter que no tenía el Texto Articulado del Gobierno, infringiendo el Art. 25 de la Constitución, señalando además que la Ley de Bases no preveía la adopción de dicha medida.

Por otro lado como indiqué pueden surgir problemas en el caso de que el trabajador sea representante de los trabajadores por la dualidad de sanciones judiciales y administrativas.

La regulación de todo el procedimiento de ejecución se caracteriza por una excesiva rigidez que en ocasiones puede perjudicar al propio trabajador, no regulándose en la LRJS, la posibilidad contemplada por el Art. 213 de la antigua L.P.L. de 1980 que permitía dejar sin efecto por acuerdo voluntario de las partes la obligación de readmisión a cambio de una compensación económica no inferior a la que se obtendría en el auto extintorio de la relación (es decir por lo menos 33/días por año, sin salarios de tramitación ya que éstos fueron suprimidos), con lo que el trabajador si quiere salir de esta incertidumbre deberá solicitar su dimisión ex Art. 49.1º del E. T. pero sin posibilidad de exigir una compensación mínima.

Además los posibles acuerdos de extinción entre las partes si se quieren conseguir ante el Juzgado podrían chocar con la expresa prohibición de renuncia a los derechos irrenunciables del trabajador, artículo 246 LRJS y con todo sería dudoso su validez frente a terceros no intervinientes en dicho acto, como por ejemplo el SPEE (antiguo INEM), lo que ocasionaría problemas para acceder a las prestaciones por desempleo.

Esta ejecución se puede ver alargada sine die, si bien pocas empresas se podrán permitir conceder esta especie de «vacaciones perpetuas» a su trabajador.

Pero la solución alternativa esto es la readmisión obligatoria puede ser difícilísima (piénsese que en supuestos de despido la convivencia y confianza laboral indispensable en toda relación y más en la de trabajo, se ha roto definitivamente con el despido).

Se puede pensar que la ejecución en sus propios términos puede ser aconsejable para los representantes de los trabajadores ya que en caso contrario con la compensación económica se podría burlar sus funciones representativas, pero su extensión a todos los trabajadores me parece poco realista y excesiva.

El efecto que se produce en estos casos es el alargamiento excesivo de la ejecución, con la consiguiente desesperación de las partes y del órgano judicial que no ve acabada la ejecución (al igual que en los procesos matrimoniales) sin llegarse nunca a la extinción de la relación laboral y retardando cuando no posponiendo indefinidamente el acceso a las prestaciones de desempleo.

Es aquí donde radica el auténtico problema ya que el trabajador no estará dispuesto a concluir un acuerdo extrajudicial (el judicial es imposible como indiqué) de extinción del contrato (baja voluntaria) ya que ello le impedirá acceder a las prestaciones de desempleo ya que el SPEE protege situaciones de desempleo no imputables al trabajador.

Por todo lo dicho me parece más oportuna la solución de la anterior Ley (compensación económica en cualquier caso, incluso en el despido nulo, salvo supuesto de representantes de los trabajadores aunque posibilitando el extintorio también en este caso); no se hizo así y los problemas son padecidos por todos los protagonistas *del* proceso laboral.

Quizás la solución mejor, hubiese sido incrementar en los supuestos de despido nulo el importe de la indemnización sustitutoria, cobrando mayor sentido esta cantidad adicional en el despido nulo, que donde la ha colocado el legislador en el despido improcedente del Art. 279.

C) La Vía de Escape. Imposibilidad de readmisión

La rigidez del procedimiento puede ser salvado en el supuesto de que la readmisión devenga imposible por desaparición o cierre de la empresa obligada (Art. 286 de la LRJS).

Estimo que estaremos ante un cierre o cese de la empresa aunque no se haya obtenido la aprobación administrativa, ya que lo que prevalece es la imposibilidad de la reincorporación, con independencia de la forma en que se haya ocurrido.

Por razones evidentes de celeridad y de economía procesal entiendo que no es necesaria la celebración de todo el trámite de ejecución de los Arts. 281 y s.s. ni incluso la celebración de la comparecencia si de los autos o de la propia sentencia se desprende la desaparición o cierre de la empresa lo que redundará en beneficio del trabajador (podrá acceder cuanto antes a las prestaciones de desempleo y del FOGASA) como del propio Fondo que no verá incrementada *la* responsabilidad con un alargamiento en exceso de los períodos de cómputo de la indemnización y salario de trámite.

Sí el cierre no se desprende de los autos y es alegado por el trabajador en su escrito de ejecución lo oportuno es la citación al trámite incidental del Art. 238 donde se deberá acreditar la realidad de dicha circunstancia.

En todos estos casos los efectos de la imposibilidad de la readmisión son el que se dicte el auto extintorio de la relación laboral del Art. 281 con abono de la indemnización (incluida la adicional que aquí cobra más sentido) y los salarios de tramitación oportunos otra vía de escape distinta de la anterior incluso estando la empresa en funcionamiento será pedir la extinción del contrato mediante demanda ex Art. 50 del E. T. basadá en la falta de ocupación efectiva y que permitirá en el caso de que prospere el acceso a las prestaciones de desempleo.

Otra posibilidad será el acordar una baja voluntaria ex Art. 49.1° del E.T. si bien en este caso la compensación económica a percibir debería ser mayor ya que el trabajador no tendría derecho a las prestaciones de desempleo.

Como se desprende de la regulación de ambas ejecuciones existen unas diferencias profundas entre el despido nulo y el improcedente:

En la ejecución del despido improcedente hay la tendencia hacia extinción del contrato. En el despido nulo, en cambio la tendencia es hacia el mantenimiento del vínculo.

En el despido improcedente no se da al empresario ninguna oportunidad para que corrija el primer incumplimiento (recuérdese la consideración «estática»-del debate de la comparecencia), la diferencia del despido nulo en el que como se vio, se producen dos requerimientos previos al empresario para que readmita e incluso incumplidos ambos el empleador puede readmitir al trabajador en cualquier momento.

3. La eficacia extintiva del acto de despido es diferente en ambos supuestos, lo que puede ocasionar importantes diferencias que paso a estudiar *en* el siguiente epígrafe.

5. Distintos efectos de la nulidad de improcedencia

No ha sido pacífica la cuestión referente a la eficacia extintiva del acto del despido. Sobre este punto hay posturas jurisprudenciales definidas, así como opiniones doctrinales varias.

Las posturas que se pueden mantener al efecto son dos:

A) Considerar que la mera decisión del empresario de despedir al trabajador tiene eficacia extintiva de la relación laboral. Tesis en parte avalada por la sentencia del Tribunal Constitucional 33/87 de 12 de marzo, y la sentencia del T. Supremo de 7-12-90. Ello conlleva a considerar que la relación laboral quedó definitivamente rota con el despido y desde el día del despido.

B) Otra teoría considera al contrario, que el mero despido carece de eficacia extintiva del contrato y que dicha extinción sólo se produce desde que se dicta la sentencia por el Juzgado; dado que siempre cabe la posibilidad de que la primitiva decisión extintiva (despido) sea revisada judicialmente a instancia del trabajador.

Así la relación sólo queda rota cuando trabajador, en el juicio la sentencia lo declara procedente o a pesar de declararlo improcedente, la empresa o el trabajador optan por la indemnización.

En cambio en los casos de nulidad o improcedencia con opción por la readmisión hay que considerar que la relación no ha cesado en ningún momento.

Esta teoría considera que no cualquier despido tiene eficacia extintiva sino sólo el basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador y confirmado tras la oportuna revisión judicial (Arts. 49.11° y 54.1° del E. T.). Esta postura ha sido confirmada jurisprudencialmente en varias ocasiones (Sentencias del T. Supremo de 22-8-81, 3-5-81, 286-1986 Y en una muy reciente de 14-12-89).

El artículo 281 parece que, apoyan esta tesis, ya que para el legislador se consideraba que en los despidos nulos e improcedentes con opción por la readmisión, la relación ha continuado viva, no se ha extinguido con el despido ya que la extinción del contrato sólo se pare en la fecha del auto que así lo acuerda tras la ejecución de la sentencia de despido.

Para esta teoría se debería distinguir:

- En el caso de declaración de procedencia la eficacia extintiva del contrato se da con la sentencia si bien con efectos *ex tunc* es decir desde la fecha del despido.

De la misma forma en el supuesto de que el despido se declare improcedente pero se opte por la indemnización, la eficacia extintiva opera desde el despido originario y no desde la sentencia, ni desde la opción.

Como se ve esta teoría atribuye cierta eficacia extintiva a la decisión de despedir si bien siempre condicionada a la revisión judicial de dicho acto.

- En el despido nulo y en el improcedente con opción por la readmisión se debe considerar que la decisión de despedir ha carecido de eficacia extintiva del contrato y que la relación laboral subsiste pese al despido.

La continuación o no de la relación laboral tiene importantes efectos en el proceso laboral, derivados de considerar o no salarios, lo que se conoce con el nombre de «salarios de tramitación. Resalto por su interés dos pronunciamientos del T. Supremo:

«En despido improcedente cuando se opta por la indemnización, la extinción del contrato de trabajo produce efectos desde la fecha del despido, por eso los salarios de tramitación se deben a título de indemnización» (Sentencia de la Sala 3ª del T. Supremo de 14-12-89).

«El despido nulo carece por sí de eficacia extintiva de la relación laboral y ésta ha de entenderse como si no se hubiese interrumpido en ningún momento, presumiéndose que el ejercicio de la actividad profesional no ha cesado, por ello los salarios de tramitación son verdaderos salarios y no indemnización; (Sentencia del T. Supremo de 22-8-81).

Incluso en el E.T. se puede percibir esta diferencia. Mientras el Art. 55.6° obliga en el despido nulo al abono de (salarios, el Art. 56.1° b) sólo exige el pago de

«una cantidad igual» a la suma de los salarios... lo que induce a pensar en su carácter meramente indemnizatorio o compensador.

Es preciso resaltar los posibles efectos de dicha diferenciación:

1. La responsabilidad solidaria respecto a las obligaciones «salariales» del Art. 42.2° del E. T. en caso de subcontrata sólo entrará en juego si se considera a los salarios de trámite auténticos salarios y no indemnizaciones.

2. Sólo existiría obligación de cotizar a la Seguridad Social por los salarios de trámite en supuestos de despido nulo o improcedente con opción de la readmisión.

Esta sutil distinción creada por algunas sentencias del T.S. parece que quiere ser orillada por el actual E. T., cuando dispone en su art 56.1 b) *in fine* que en despido improcedente, el empresario debe mantener en alta al trabajador en la seguridad social durante el período correspondiente a los salarios de tramitación.

3. En el despido improcedente con opción por la indemnización no se puede solicitar la modificación o revisión actualizadora del salario que sirva de cálculo para los salarios de trámite, por incrementos originados después del despido ya que desde esa fecha quedó rota la relación.

En cambio en el despido improcedente con opción por la readmisión y en el nulo al continuar subsiste la relación como si el despido no se hubiese producido se deben de aplicar los incrementos legales y convencionales que se vayan produciendo desde el despido tanto para el cálculo de la indemnización del Art. 281 LRJS como para la cuantía de los salarios de tramitación.

4. La continuidad de la relación laboral en el supuesto de despido nulo conlleva a que lo que se puede denominar "salarios de inactividad» del Art. 284 de la L.RJS. sean auténticos salarios y por tanto no pueden ser objeto de reducción o compensación con los que pueda obtener el trabajador en otro empleo.

El Art. 30 del E. T. prevé que si el trabajador no puede prestar sus servicios por culpa *del* empresario, como ocurre en la ejecución del despido nulo, éste conserva el derecho a su salario.

Piénsese además que el Art. 30 del E. T. suprimió la antigua previsión del Art. 47 de la Ley de Contrato de Trabajo de la que deriva el precepto estatutario, que obligaba a la deducción del importe del salario de inactividad de lo cobrado en otra empresa.

En congruencia con lo anterior la sentencia del T. Supremo de 133-91 alude a una "finalidad compleja» de estos salarios que por un lado tienden a presionar al empresario a que cumpla la sentencia en sus propios términos, es decir, readmita al trabajador y por otro lado tiende a compensar los perjuicios posibles que se le pueden derivar de esta continua disponibilidad del mismo ya que puede ser llamado a trabajar en cualquier momento, por lo que estos salarios son compatibles con los ingresos que el trabajador puede obtener en otro empleo.

Debo señalar que aunque la anterior sentencia no lo hubiese señalado y sin necesidad de acudir a esa extraña y compleja construcción de la "finalidad compleja» de los salarios de inactividad, el Art. 30 del E. T. es claro tanto en su

redacción expresa como en sus omisiones (*me refiero a la antigua previsión de la Ley de Contrato de Trabajo*), además de que el propio E. T. en su Art. 56.1° b, arroja otro indicio diferenciador del despido improcedente y del nulo ya que en el primer caso permite el descuento de los salarios obtenidos en otro empleo, mientras que en el supuesto de despido nulo el Art. 55.6° no hace, ninguna mención a descuento o compensación alguna, por lo que entiendo la plena compatibilidad de ambos salarios y en consecuencia estimo que no se puede considerar causa de despido la no información por parte del trabajador a la empresa de su nuevo trabajo.

6 Obligación de readmitir acordada en conciliación

Entiendo incluibles en este supuesto tanto la obligación de readmitir convenida en conciliación judicial, como en la conciliación administrativa (ante el oportuno organismo de conciliación).

Ambas constituyen título ejecutivo suficiente y que las dos se ejecutan como si de sentencias se trataran (Arts. 84.4° y 68 de la LRJS).

La dificultad y la especialidad derivan en ambos casos de que al no terminar la fase declarativa con una sentencia, el órgano executor carecerá de los datos laborales (antigüedad, salario, fecha del despido, puesto de trabajo) que normalmente son fijados en los hechos probados de la sentencia (Art. 107 de la L.RJS) y que son imprescindibles para poder dictar el auto extintorio, *como* para ejecutar la sentencia en sus propios términos, ya que sin estos datos no se podrá dilucidar si ha habido o no una readmisión en legal forma del trabajador, ni cuantificar en su caso la indemnización y los salarios de tramitación.

Estimo que tratándose de conciliación judicial no será suficiente los datos laborales que se puedan haber recogido en la demanda; por imperativo del Art. 104 de la L.RJS a no ser que expresamente hayan sido admitidos por la empresa en el acto de conciliación; ésto no suele ocurrir en la práctica diaria de las conciliaciones que suelen ser muy escuetas reconociendo la empresa la nulidad o improcedencia y comprometiéndose a readmitir en un día determinado.

Entiendo que lo mismo ocurrirá en el supuesto de conciliación administrativa.

En estos supuestos estimo que el objeto del debate de la comparecencia debe ampliarse y discutirse no sólo los hechos referentes a la readmisión» (Art. 281) sino también los datos y circunstancias laborales a los que he hecho referencia (antigüedad, salario, fecha del despido, lugar de trabajo, categoría profesional, características particulares del trabajo si las hubiere, etc. ...) por lo que será en esta comparecencia incidental donde las partes deberán alegar y probar lo oportuno referente a dichas circunstancias, por ello el Juzgado, una vez solicitada la ejecución de la conciliación no se debe limitar a citar a las partes a la oportuna comparecencia sino que también deberá advertir a las partes de que deberan comparecer con los medios de prueba pertinentes para acreditar dichas circunstancias.

Los datos de antigüedad, categoría, salario, fecha del despido, deben integrar los hechos probados del oportuno auto que se dicte tras la oportuna

comparecencia ya que en casos se carece de una sentencia previa que los haya establecido.

Indica Rios Salmeron (6) que no le parece oportuno, como indican otros autores, obligar a las partes a acudir a un proceso declarativo ¿sobre despido? para hacer efectiva la obligación de readmitir y concretar dichos datos laborales y más cuando se trata de una conciliación con avenencia que en principio cierra el paso a una demanda y considerando la equiparación que la LRJS hace entre dichas conciliaciones y las sentencias a efectos de su acceso a la ejecución.

Admitida la ejecución directa de la conciliación, si bien con esa ampliación del objeto de la comparecencia, creo conveniente que se observe en ésta una congruencia entre las circunstancias laborales (salario, antigüedad...) recogidas en la demanda o papeleta de conciliación y lo que se alegue en dicha comparecencia.

Esa congruencia la entiendo de aplicación por analogía de lo dispuesto en la demanda respecto a la conciliación (Art. 81.1. c) de la L.RJS.) y de lo preceptuado en el acto del juicio al prohibir las variaciones sustanciales de la demanda (Art. 85.1º del Texto Articulado).

7 Necesaria revisión del despido y su ejecución

Por las razones que pasaré a exponer creo necesaria una profunda reforma de la figura del despido, tanto desde el punto de vista material (regulación del ET) , como procesal (regulacionLRJS)..

Tanto el E. T. como en la L.RJS parten de una premisa a mi juicio falsa, como se observa en la práctica diaria de los Juzgados y del mundo laboral, el presupuesto erróneo es pensar que los despidos se producen por un incumplimiento grave y culpable del trabajador en un contrato de trabajo concertado por tiempo indefinido.

Nada más lejos de la realidad diaria, en la que los *Juzgados* se ven inundados de demandas accionando no por lo que conocemos con el nombre de despido disciplinario, sino por despidos (o mejor habría que decir “extinciones del contrato”,) motivados con ocasión de circunstancias muy diferentes y que pueden a ser a título de ejemplos: no renovación del contrato temporal con o sin prórrogas, contratación temporal encadenada, contratación temporal para necesidades permanentes de la empresa que llegado el vencimiento del contrato, origina la acción por despido, no llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos, irregularidades en la contratación de los trabajadores al servicio de la Administración, etc. ...

Todos los anteriores supuestos pese a su variedad tienen un denominador común y que es tratarse de contratos temporales, salvo el fijo discontinuo, no viniendo motivada la demanda por un presunto despido disciplinario, o por una inexistencia de la carta de despido que no suele existir ya que como dije no son

61

auténticos despidos, sino por otras razones diferentes pero que en común suponen que el acto extintivo del empresario puede tenerse como inválido.

La reforma del Art. 15 del E. T. efectuada en agosto de 1.984 y la consiguiente introducción de nuevas figuras de contratación temporal hizo que la anterior situación *normal o estructural* que era el contrato de trabajo concertado por tiempo indefinido pasase a ser la excepción, convirtiéndose la contratación temporal en la *regla general* o situación estructural {antes de 1984 sólo se preveía como posibilidad coyuntural para supuestos concretos) sobre todo debido al amplio campo del contrato en fomento de empleo.

Este revolucionario cambio, no tuvo reflejo en la regulación del despido que se sigue rigiendo por los parámetros del despido disciplinario en un contrato indefinido, que si eran válidos en la anterior década ahora han quedado completamente desfasados.

Cabe incluso plantearse si el proceso de despido es el cauce procesal adecuado para ventilar estas cuestiones; así lo parece entender la jurisprudencia ante el silencio del legislador, y digo lo anterior ya que en estos casos se tramitan como despidos lo que en puridad y con el E. T. en la mano no son despidos disciplinarios, sino únicamente extinciones de contratos temporales o especiales en los que figura una comunicación de extinción del contrato por expiración de su término o de la causa que justificó la contratación.

Ante esta disyuntiva, los Juzgados tramitan dichas reclamaciones como despidos, lo que ocasiona dificultades ya que ni el Art. 15 del E. T. ni los Decretos que regulan los contratos especiales, ni los Arts. del Estatuto dedicados al despido disciplinario, ni la LRJS. (entiendo que no podría ya que corresponde a aspectos materiales propios de una norma sustantiva) regulan con precisión el alcance del pronunciamiento del fallo de la sentencia en

concreto ¿nulidad o improcedencia?, período de los salarios de tramitación e indemnización e incluso el alcance de la obligación de la readmisión.

Todos estos problemas son básicos y son los que se plantean en la práctica sin que se regulen en los textos materiales ni procesales, conllevando a que sean los Tribunales los que vayan abriendo esas lagunas en un papel a mi juicio no de interpretación sino de cuasi legislador por las deliberadas omisiones del ejecutivo y del legislativo.

Incluso como se vio en su momento el típico despido disciplinario producido antes de la expiración normal del término de duración del contrato temporal en sentido amplio tiene distintas consecuencias respecto al alcance de la obligación de readmitir (que puede devenir imposible por haber llegado a su término el contrato) y la cuantía de los salarios de trámite.

En el caso de trabajadores al servicio de la Administración pública la incertidumbre respecto a la conversión de fijos de plantilla por el

pronunciamiento de nulidad de sus despidos ha llevado como indiqué a sentencias contradictorias una de ellas dictada en unificación de doctrina.

La inseguridad alcanza a la fase declarativa y a los pronunciamientos de la sentencia. El problema se plantea sobre todo cuando la empresa comunica por escrito al trabajador la terminación de su contrato por el transcurso del plazo o la finalización de la causa que lo motivó; en estos casos tras el juicio por despido es normal encontrar sentencias en que tras fundamentar que no es auténtica la causa, que no se ha acreditado el motivo de la contratación, concluyen que nos encontramos ante un despido que al no cumplir los requisitos formales del Art. 55.1º del E. T. motiva la declaración de nulidad.

Estimo que la nulidad en estos casos es excesiva; en primer lugar porque el Art. 108.2º prevé unos motivos de nulidad, entre los cuales figura la nulidad formal del Art. 55.1º E.T.; pero estos supuestos tienen mal encaje en dicho precepto ya que contempla la falta de una carta de despido pero en un despido disciplinario en el que al trabajador se le imputa un incumplimiento grave y culpable que claramente no es el caso que nos ocupa.

En segundo lugar, así como la declaración de improcedencia se recoge en una cláusula general (no acreditación del incumplimiento), el pronunciamiento de nulidad parece que se limita a unos casos taxativos y concretos que son los del Art. 108.2º aunque la práctica de los Juzgados los ha venido extendiendo a otros casos.

Así será nulo el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prevista en la Constitución y en la ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

En tercer lugar si se declara la nulidad, el empresario siempre debe tener el derecho de efectuar un despido sucesivo, basado en los mismos hechos y completando los requisitos formales (Arts. 113 y 281.1ºc) de la LRJS) y yo me pregunto ¿qué posibilidad le queda al empresario de hacer un nuevo despido corrigiendo defectos, si la extinción no se produjo por unos incumplimientos mal comunicados? y en cuarto lugar los Arts. 103 y ss de la L.RJS. son regulados bajo la denominación de «despido disciplinario» con lo que parece que la normativa del E. T. y de la propia L.RJS. de esta modalidad procesal no casa muy bien en estos casos; piénsese que el cambio en el turno de intervenciones y la carga de la prueba está pensado para el supuesto de despido disciplinario en el que se imputan al trabajador unos hechos que deben ser probados por el empresario al que se le compara a estos efectos al demandante.

Quizás la única consecuencia que se pueda aplicar en estos casos y que es propia del despido es la obligación de accionar tras la extinción en el plazo de de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que en casos similares se inclinan por la declaración de improcedencia del despido.

En el primer supuesto la empresa incumplió la prohibición del Art. 5.1º del Decreto 1.989/84 de contratación en fomento de empleo al haber amortizado en los doce meses anteriores puestos de trabajo por despidos improcedentes, pero concluye que al haber comunicado a los demandantes la extinción de su contrato por conclusión del tiempo de duración pactado, pese a existir un fraude

de Ley (Arts. 15.3º y 15.7º del E. T.) *la comunicación extintiva* de la relación laboral con las actoras se produjo con arreglo a los requisitos formales establecidos en el Art. 55.1º del E. T. por lo que la calificación del despido debe ser la de improcedencia (Sentencia de 4 de febrero de 1991 (R.A. 1.055)).

En otro supuesto la Sala, señala que a pesar del fraude de ley en la contratación "la naturaleza fraudulenta del contrato por el que el nexo laboral se ha formado determina las consecuencias propias de tal perversión a saber, la consideración de haberse celebrado por tiempo indefinido y la declaración de improcedencia debido a su injustificada ruptura (Arts. 55.2º y 56.1º del E.T. y 108.1º y 110.1º de la LRJS. (Sentencia de 19 de agosto de 1991)).

Entiendo en principio acertado y estos pronunciamientos ya que encajan bien en la declaración de improcedencia y que en definitiva la causa de la extinción no se ha acreditado o no es justa si bien surge otro reparo y es que) a consecuencia prevista en el Art. 15.3º del E. T. de que estos contratos lo sean por tiempo indefinido se puede ver convertida en una mera declaración de intenciones si se declara una improcedencia que permite optar por el abono de una indemnización y por tanto extinguir la relación laboral.

Como vemos, nos encontramos en una dinámica diabólica fruto de los parcheos y modificaciones de las normas de contratación y provocada a mi juicio por una conducta consistente en no querer llamar a las cosas por su nombre ya que a mi juicio con las normas sobre contratación temporal (cada vez más cercanas a una total flexibilización del mercado de trabajo) y la posibilidad de la ejecución sustitutiva no, encontramos aunque con otro nombre álite el despido libre, eso sí a cambio de una indemnización (dejando a salvo claro está el supuesto de despido de representantes de los trabajadores y violación de derechos fundamentales}.

La situación se clarificaría si de una vez por todas se modificase la regulación del despido sin miedo, ligando al despido un determinado precio» o indemnización que si se quiere puede ser superior al previsto en la actualidad; la otra alternativa es suprimir la innecesaria diferencia entre la nulidad y la improcedencia fuente de muchas confusiones, reservando de una forma clara y obligatoria readmisión para los supuestos en los que nuestra Constitución quiso la máxima protección por la naturaleza de los derechos fundamentales en juego ya que serán los despidos de los representantes de los trabajadores o los producidos con violación del principio de igualdad o de los derechos fundamentales y libertades públicas del Título Cap. II Sección la de nuestra Carta Política.

Mientras esto no se produzca, los Juzgados de lo Social seguirán recibiendo demandas mal llamadas de despido en las que los trabajadores contratados temporalmente postularán unos pronunciamientos en los que en última instancia perseguirán una condena dineraria y un acceso a prestaciones de desempleo, cuando no la fijeza en un organismo público, que en muchos casos ocasionará problemas por la ejecución que en sus propios términos prevé el Art. 281 de la L.RJS. en supuestos de nulidad, y más cuando la pacífica convivencia entre las partes se ha roto claramente.

El legislador ha querido evitar todos estos problemas con la actual normativa del E.T. y la L.RJS y ha adoptado una solución intermedia, no atreviéndose a hacer desaparecer claramente la dualidad nulidad-improcedencia, si bien la nulidad ha sido indirectamente hecha desaparecer, reservándola exclusivamente para el despido discriminatorio o atentatorio de derechos fundamentales en la práctica, aunque no exclusivamente, de los representantes legales y sindicales quizá para adoptar este cambio se penso evitar los problemas de las extinciones de contrataciones temporales que hasta una posterior corrección del T.S. en unificación de doctrina y por una errónea prevalencia del despido disciplinario, ocasionaba pronunciamientos de nulidad, así como las dificultades de readmisión en la administración de trabajadores con contratos temporales y que se veían beneficiados por “despidos” calificados como nulos.

No obstante, la apuesta clara por la improcedencia, produce que la orden del art 15.3º del E. T, de conversión en indefinido de un contrato temporal fraudulento, ocasione cuando menos una irónica sonrisa, al poderse extinguir el contrato al día siguiente con el abono de la indemnización.

No obstante, la dualidad nulidad-improcedencia, mantiene importantes consecuencias de orden práctico:

1º El descuento de los salarios percibidos en otro empleo para el cálculo de los salarios de tramitación, parece contemplarlo el legislador para el despido improcedente, *no* para el nulo (art. 55.6º y 56.1 b) del E.T.

2º La posible reclamación al Estado de salarios de tramitación se limita al despido improcedente, art. 57 del E.T. y 116 de la LRJS.

El lanzamiento de vivienda

El artículo 285 de la LRJS. regula un supuesto especial de ejecución, que a mi juicio aparece mal encuadrado dentro de la ejecución de las sentencias de despido ya que es diferente el legitimado activamente para instarla, como también es diferente el objeto de la pretensión al no consistir ni en el abono de salario de trámite ni indemnización alguna ni tampoco en el cumplimiento de la obligación de readmitir.

La obligación que se ejecuta, desalojo de una vivienda no suele venir unida además a los pronunciamientos de la sentencia de despido.

A. Requisito previo

La propia Ley de Contrato de Trabajo preveía en su Art. 52 la posibilidad de que el empresario alquilara al trabajador una vivienda por razón del contrato de trabajo, a su vez el Art. 26 del E. T. contempla también la retribución en especie como una forma de salario.

Para que el Art. 285 sea de aplicación es necesario que el trabajador disfrutara de la vivienda por razón del contrato de trabajo, debiendo entenderse este disfrute en un sentido amplio, es decir ya por habersela alquilado el empresario por un contrato de arrendamiento accesorio al contrato de trabajo y en razón de

éste, ya por disfrutarla como salario en especie o bien en él caso de que el trabajador fuese admitido a vivir en casa del patrono o a cargo de la empresa.

En cualquier caso es importante señalar que el disfrute de la vivienda aparece subordinado a la subsistencia del contrato principal y ésto debe aparecer de forma clara ya que en caso contrario no procederá el desalojo en la forma prevista en el Art. 285 de la LRJS. sin perjuicio del ejercicio de otras acciones declarativas.

Así lo ha entendido la sentencia del T.C.T. de 11-11-80 al señalar que ha de quedar debidamente acreditada la relación entre la ocupación de la vivienda y el contrato de trabajo.

El otro presupuesto necesario para que entre en juego el Art. 285 es que se haya dictado una resolución firme en que se declare la extinción del contrato de trabajo; en principio esto ocurrirá en el caso de extinción a instancia del trabajador ex Art. 50 del E. T. pero también deben entenderse incluidos los casos de sentencia firme que desestima la demanda de despido (por caducidad, por estimar un abandono previo del trabajador, etc. lo declara procedente o improcedente con opción por el abono de la indemnización.

El Juzgado de lo Social será competente para conocer de esta ejecución, pago de una renta (Sentencia del T.C, T. de 18 de enero de 1982).

En algunos casos se ha considerado que el Juzgado de lo Social carece de jurisdicción (sin perjuicio de la civil) si el desalojo se refiere a un familiar del trabajador, aunque se alegue que hubo cesión o subarriendo de éste al pariente, inconsciente por el empresario (Sentencia del T. Supremo de 7 de diciembre de 1971 y del T.C,T. de 17 de mayo de 1971), salvo que el familiar siga en la ocupación una vez fallecido el trabajador (Sentencias, del T,C. T. de 12 de diciembre de 1985 y 10 de febrero de 1986).

Claramente, si el desalojo se pretende por causa distinta de la extinción del contrato y por tanto durante el contrato, no será competente el orden jurisdiccional social.

B. Procedimiento

Nos encontramos ante uno de los supuestos excepcionales en el que el empresario es el que está legitimado para instar la ejecución.

No podrá iniciar la ejecución en cualquier momento sino que se deberá observar un período de espera en protección del inquilino a contar desde que la extinción devino firme. Este plazo es de 1 mes que puede ser prorrogado por otros dos meses por el órgano judicial si existe motivo fundado para ello (Art, 285.1ºLRJS).

Aunque antes hemos indicado que el requisito previo para la ejecución vendrá determinado por la extinción de la relación laboral motivada por un despido directo o indirecto, la sentencia del Tribunal Central de 28-2-89 aplicó esta ejecución especial también en supuestos de extinción del contrato por muerte, gran invalidez, invalidez total o absoluta del trabajador, aunque debo entender que también en estos casos se debe exigir el requisito de la firmeza de la resolución administrativa del INSS que reconoce la invalidez o la de la sentencia que la declara.

Transcurridos los plazos de 1 ó 3 meses señalados, el Art. 285 no prevé el plazo que tiene el empresario para instar la ejecución; entiendo que ante el silencio de la norma deberá ser de aplicación el plazo general de 1 año previsto en el Art. 243.1º de la L.RJS, en relación con el 59 del E. T.

No obstante a veces se han señalado otros plazos; así el T.C.T. declaró que la acción para el desalojo de la vivienda que se ocupa por razón del contrato de trabajo, caduca a los tres años. (Sentencia de 30-1-75)

El no ejercicio de la acción o pasividad de la empresa no supone que el contrato siga vigente (sentencia del T.C. T. de 14-2-87), permitiéndose la ejecución aunque entre la extinción y el requerimiento de desalojo haya transcurrido un prolongado espacio de tiempo (Sentencia del T.C.T. de 6 de Diciembre de 1976).

Estimo que el plazo para instar la ejecución se debe computar transcurridos el plazo de un mes (supuesto normal) que tiene el trabajador para abandonar la vivienda.

Es importante hacer una distinción según como haya operado la extinción del contrato:

- Si el contrato de trabajo se extinguió extrajudicialmente, podrá ser competente el Juzgado de lo Social para el desalojo pero previamente se deberá promover por el empresario una demanda en solicitud de que se acuerde en sentencia el desalojo, que después podrá ser ejecutada.
- Si el contrato se extinguió judicialmente el empresario podrá acudir directamente al desalojo ex Art. 283.

Promovida la solicitud, serán de aplicación lo dispuesto en los Arts. 1.595 y s.s. de la L.E.C. que regulan la ejecución de las sentencias de desahucio y será en ese momento cuando el Juzgado deba fijar el plazo para el desalojo y no en la sentencia, ya que en ella puede que no se discuta dicho tema (Sentencia del T.C.T. 9-3-83).

Creo que el plazo que se debe fijar al trabajador para el abandono es el de 8 días ya que normalmente se tratará de una vivienda (Art. 1.596 de la L.E.C.), transcurrido dicho plazo sin que se haya abandonado la vivienda, se procederá a lanzarlo, sin prórroga ni consideración de ningún género y a su costa (Art. 1.599 de la L.E.C.).

LA EJECUCION DE SENTENCIAS FIRMES FRENTE A ENTES PÚBLICOS

El encuadre general de la ejecución de sentencias frente a organismos públicos, dentro de la LRJS, se regula en el capítulo IV, artículos 287 y 288, con las peculiares condiciones que reviste la parte ejecutada.

Las constantes peculiaridades y dificultades de este tipo de ejecución ya fueron resaltadas en la sentencia del Tribunal Constitucional 26/1983 de 13 de abril,

motivando las carencias y lagunas legislativas una copiosa doctrina jurisprudencial y una no menos variada opinión doctrinal.

Es loable el intento del legislador de arbitrar una serie de medidas concretas, aunque luego veremos que son de lo más insuficientes, tendentes a arrojar un poco de luz sobre esta ejecución. Es en cambio defectuoso la incardinación dentro de la ejecución de sentencias, frente a la Administración del supuesto del Art. 288, al no tener que ver nada con ellas, al contemplar un supuesto de capital coste de una prestación a consignar por un organismo no público (empresa o Mutua) si bien es preciso efectuar un previo cálculo de la prestación por la Tesorería.

Las enormes expectativas que levantó se han visto después frustrados con la redacción definitiva del Art. 287LRJS.

Es urgente en este punto una profunda revisión de la ejecución frente a los organismos públicos que además debe ir acorde con los mandatos de la futura y esperada nueva Ley reguladora del procedimiento contencioso-administrativo.

1. Fundamento de su regulación legal

De histórica y tradicional se puede calificar la resistencia de la Administración a que se fiscalice su actuación administrativa; así como que se ejecute por otro órgano parte de su actuación y en concreto aquella derivada de una previa revisión de sus actos por los Juzgados y Tribunales.

De esta forma y aunque se hayan producido profundos avances en esta fiscalización, todavía cobra sentido el fundamento de una regulación específica de la ejecución de las resoluciones condenatorias de la Administración Pública en base a dos importantes razones:

- La inembargabilidad de sus bienes.
- La especial consideración del ejecutado organismo público.

A. Inembargabilidad de los bienes y derechos de la administración

La actual imposibilidad de traba de bienes y derechos administrativos tuvo ya su antecedente en la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1911 que en su Art. 11 disponía la prohibición de embargos contra bienes de la Hacienda así como la exclusiva competencia en el cumplimiento de la Sentencia de la Autoridad administrativa. Estas especialidades o prohibiciones pasan al Art. 44 de la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977 y al Decreto Legislativo 1.091/88 de 23 de septiembre.

Por su interés transcribo el Art. 44 de la L.G.P.:

1º Los Tribunales, Jueces y Autoridades Administrativas no podrán despachar mandamientos de ejecución, ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes en general de la Hacienda Pública.

2º El cumplimiento de las resoluciones judiciales que determinen obligaciones a cargo del Estado o de sus organismos autónomos corresponderá

exclusivamente, a la Autoridad administrativa que sea competente por razón de la materia, sin perjuicio de la posibilidad de instar, en su caso, otras modalidades de ejecución de acuerdo con la Constitución y las leyes.

3° La Autoridad administrativa encargada del cumplimiento acordará el pago en la forma y con los límites del respectivo presupuesto. Si para el pago fuera necesario un crédito extraordinario o un suplemento de crédito deberá solicitarse de las Cortes Generales uno u otro, dentro de los tres meses siguientes al día de la notificación de la resolución judicial.

Este dogma de la inembargabilidad y de la ejecución a cargo del órgano administrativo ha ido extendiéndose a las sucesivas administraciones: a la Administración Institucional (Art. 13 de la Ley de Entidades Estatales Autónomas) a la Administración Local (Art. 182 del Texto Refundido de la Legislación de Régimen Local) ya las Comunidades Autónomas.

No obstante el problema no radica en la embargabilidad o no de los bienes y derechos públicos que pueden y deben estar protegidos por razones de interés público y utilidad social e incluso por una mera cuestión de imagen y credibilidad, sino en la inexistencia de formulas ágiles que puedan hacer efectivas las resoluciones judiciales que condenan a la Administración como podrían ser la posibilidad de pago directo con cargo a partidas presupuestarias destinadas a tal fin, previniéndose estos gastos en los Presupuestos de la misma forma que se incluyen otros que son mucho más difíciles de prever.

B. Consideraciones generales respecto a la ejecución de sentencias frente a órganos públicos

Debe de ir por delante que está incluida en el Art. 24 de la *Constitucion*, la ejecución de las sentencias, incluso cuando ésta se refiere a un organismo público, como ha indicado nuestro Tribunal Constitucional en innumerables resoluciones.

Históricamente se discutió si la ejecución de sentencias frente a la Administración era una actividad judicial; existiendo tres teorías:

Una que la atribuía una naturaleza eminentemente judicial. Otra que la negaba llanamente entendiendo que se trataba de una actividad exclusivamente administrativa y por último una opinión ecléctica y a mi juicio más acorde con los textos positivos y en concreto con la Ley reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, que estima que si bien la ejecución es administrativa su control y vigilancia corresponde al órgano judicial.

Esta última postura es la más acertada dado por otro lado los categóricos términos del Art. 117.3 de la Constitución que atribuye la exclusiva potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado a los Juzgados y Tribunales en todo tipo de procesos.

Se llegó a pensar que las dificultades en la ejecución de estas sentencias y su desvío hacia la Administración en detrimento del control del órgano judicial se debía a que según el Art. 103 de la L.J.C.A. la ejecución de la sentencia correspondía al órgano administrativo que hubiese dictado el acto o resolución impugnada.

Personalmente no veo inconvenientes en que el cumplimiento (mejor expresión que ejecución) de la sentencia se atribuya inicialmente al órgano administrativo ya que en la ejecución ordinaria el cumplimiento previo corresponde también al empresario.

Las dificultades surgen no de dicho precepto sino de la ausencia de medidas rápidas y eficaces para obtener el cumplimiento forzoso para el caso de que el obligado (Administración) no cumpla voluntariamente la sentencia. , Se puede plantear la duda si los Arts. 103 y s.s. de la L.J.C.A. que regulan la ejecución de sentencias son de aplicación al proceso laboral, dada la aplicación supletoria exclusivamente de la LE.C.

Me inclino por su aplicación analógica ya que en muchos casos el orden jurisdiccional Social funciona de forma similar al contencioso-administrativo, sobre todo cuando revisa los actos de las Mutualidades Gestoras de la S. Social, así como los actos y resoluciones de la Administración cuando actúa como empleadora de los trabajadores laborales a su servicio.

Es conyeniente apuntar unas breves notas de la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas:

- Por lo que respecta a su *iniciación*.

Las sentencias se comunican al órgano que dictó el acto para que los lleve a puro y debido efecto, adopte las resoluciones que procedan y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo (Art. 104 de la L.J.C.A.). Esto es importante ya que refleja una obligación de comportamiento activo y de colaboración del órgano público y que resalta con el silencio del Art.187 de la L.RJS al respecto que parece exigir actividad sólo al órgano judicial.

- Plazo de dos meses para que la Administración decida la suspensión o inejecución total o parcial del fallo (Art. 105). Si transcurre dicho plazo se ejecutará la sentencia en la forma y término que en ella se recoja, bajo la personal y directa responsabilidad de los agentes de la Administración (Art 105.6°).

-Posibilidad de suspensión o inejecución en supuestos excepcionales (Art. 105.2°) y en todo caso con compensación económica que fijará el órgano judicial previa audiencia de las partes. La suspensión de Sentencia de condena dineraria por producir grave trastorno a la Hacienda debe ser comunicada y autorizada por el órgano judicial (Art. 105.3°) y conllevará la obligación de abono del interés legal (Art.105.4°).

-La inadmisión de la inejecución de la sentencia por imposibilidad material o legal (Art. 107).

- Superior fiscalización del cumplimiento de la sentencia por el Juzgado o Tribunal. (Art. 140.1°) que en redacción similar a la contemplada en el Art. 285 de la L.P.L., recoge que mientras no conste en autos el total cumplimiento de la sentencia, el órgano judicial adoptará a instancia de parte (en laboral también de oficio) cuantas medidas sean adecuadas para promoverla y activarla.

El Art. 8.1° establece expresamente que los órganos judiciales contencioso-administrativos son los competentes para fiscalizar la ejecución de las sentencias que dicten.

- Posibilidad de responsabilidad civil y criminal en caso de incumplimiento de las sentencias, entendiendo dicho comportamiento como desobediencia punible (Arts. 110.3 y 109).

Se puede extraer la siguiente conclusión: la potestad o titularidad de la ejecución queda reservada a los Juzgados y Tribunales, entendiéndose ésta como, la reserva de fiscalización última del cumplimiento de la sentencia, sin perjuicio de que claro está la ejecución o cumplimiento de la condena la deba llevar a efecto el órgano administrativo condenado al venirle vedado al Juzgado, el posible embargo y pago forzoso al demandante.

Son significativos los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales:

Cuando para hacer ejecutar lo juzgado, el órgano Judicial adopta una resolución que ha de ser cumplida por un ente público, éste ha de llevarla a cabo con la necesaria diligencia, sin obstaculizar el cumplimiento de lo acordado, por imponerlo así el Art. 118 de la Constitución (Sentencias del T. Constitucional de 109/84 de 26 de noviembre y 149/89 de 22 de septiembre).

La naturaleza del Órgano de la Administración institucional que es la propia del condenado por los fallos hasta ahora no ejecutados *impide como es obvio, la adopción por los Juzgados de lo Social de medidas de coacción* a las que podrían recurrir si se tratase de simples ciudadanos, pero los privilegios que protegen a la Administración no la sitúan fuera del ordenamiento, ni la eximen de cumplir lo mandado en los fallos judiciales, ni priva a los Jueces y Tribunales de medidas eficaces para obligar a los titulares de los órganos administrativos a *..llevar a cabo las actuaciones necesarias para ello...*» (Sentencia del T. Constitucional 26/83 de 13 de abril).

“La ejecución de las sentencias laborales no se beneficia, frente a las dictadas por los órganos judiciales de los restantes órdenes jurisdiccionales, de preferencia alguna garantizada por la Constitución” (Sentencia del T. Constitucional 4/88 de 5 de febrero).

La frontera en muchos casos delicada y sutil entre ejecución directa por la Administración y control de lo ejecutado por el órgano judicial fue estudiada en la sentencia del T. Constitucional 148/89 de 21 de septiembre que razonó lo siguiente:

«No se trata, por supuesto de que sea el Tribunal ejecutor el que asumiendo una función administrativa que no le compete haya de realizar los oportunos nombramientos, establecer la situación escalafonaria o fijar los derechos económicos, pues es claro que corresponde a la Administración examinar y comprobar si se dan o no los requisitos legalmente exigidos, para acordar la integración efectiva de los recurrentes en el cuerpo estatal, entendiéndose que en caso de discrepancia entre todos o alguno de los interesados y la Administración sobre la apreciación de aquellos requisitos, ha de ser la Audiencia o Sala sentenciadora la que deba velar, tras el trámite incidental (sentencia del T. Supremo de 22-2-69) y sentencia del T.

Constitucional..167/87 de 28-10) oyendo a las partes y en su caso, con la práctica de la prueba, acerca del efectivo cumplimiento de la sentencia, decidiendo, lo que en Derecho proceda».

2. Medios actuales

El Art. 287 de la L.RJS parte de la necesidad de un requerimiento previo al organismo público para que cumpla la sentencia; probablemente sea necesario dicho requerimiento ya que en principio y según lo dispuesto en el Art. 103 de la L.J.C.A. la ejecución de la sentencia corresponde al organismo condenado.

Este requerimiento diferencia a esta ejecución de la contemplada con carácter general en el Art. 576 de la L.E.C. para condenas dinerarias y que exime al órgano judicial de dicho acto previo.

Este requerimiento se debe efectuar al representante de la Administración que actúa en el procedimiento (Abogado del Estado, Letrado del INSS, o abogado particular contratado ex Art. 447 de la L.O.P.J.), pero es conveniente que se efectúe también al órgano que ha de responsabilizarse del cumplimiento de lo acordado, que luego podrá ser declarado responsable lo que puede ser difícil en principio.

- Por otro lado el Art. 287.1 obliga al órgano judicial a adoptar cuantas medidas sean adecuadas para promover y activar la ejecución sin indicar cuáles son y presumiendo que el órgano judicial conoce el funcionamiento interno del Ministerio o Departamento implicado lo que no es verdad; entiendo que dicha carga debería haber sido trasladada como lo hace el Art. 104 de la L.J.C.A. a la Administración condenada o en otro caso obligar al órgano público a poner en conocimiento del órgano ejecutor los medios más rápidos para satisfacerla ejecución.

Tras el oportuno requerimiento, el órgano judicial no sabrá si se ha cumplido y en qué forma la sentencia, lo que obligará al ejecutante (y entiendo también al ejecutado) a comunicar dicha circunstancia al órgano judicial.

No se obliga al representante de la Administración a efectuar un amplio informe sobre el cumplimiento de la sentencia o las causas que lo dificultan.

Por economía procesal, sería conveniente que en la misma resolución judicial en que se requiera el cumplimiento a la Administración se cite con carácter subsidiario a la comparecencia para el caso de que no se cumpla, lo que evitará retrasos y frecuentes olvidos.

Tras la oportuna comparecencia, el órgano judicial dictará la oportuna resolución (entiendo que auto ex Art. 236 de la L.RJS) en el que se decidirán las siguientes cuestiones:

a) Organismo administrativo y funcionario que ha de responsabilizarse de realizar las actuaciones. Se coloca el Juzgado en una difícil disyuntiva ya que será harto difícil indagar a veces cuál es el órgano responsable y mucho más la persona dada la compleja escala jerárquica y de división de funciones de cualquier órgano administrativo.

En este punto será trascendental la función coadyuvante del representante del ejecutante si entiende que por esta vía de declaración de responsabilidad civil y/o penal va a cobrar antes.

A estos efectos de responsabilidad funcional es paradójico los documentos que se suelen encontrar en algunas ejecuciones en las que el Abogado del Estado da el «visto bueno» al cumplimiento de una sentencia firme dictada por el Juzgado de lo Social en una función cuasi similar a la de la Sala de lo Social.

Si se logra indagar el órgano y funcionario responsable ello puede tener trascendencia desde el punto de vista presupuestario para autorizar y agilizar el cumplimiento de la sentencia, como para depurar las posibles responsabilidades civiles y/o penales (Arts. 109 y 110.3° de la L.J.C.A.). Como se ve la LRJS no inventa nada nuevo al venir contemplada esta responsabilidad en la L.J.C.A. y no hace lo que debía de haber hecho y que es autorizar el pago directo por el Juzgado con cargo a partidas presupuestarias destinadas al efecto.

b) Plazo máximo para su cumplimiento en atención a las circunstancias concurrentes. Si la condena es dineraria, se debe recordar el plazo que tiene la Administración para solicitar el crédito extraordinario o el suplemento de crédito (Art. 44.3° de la L.G.P.) que se establece en tres meses desde la notificación de la resolución judicial.

Si el cumplimiento del fallo implicara fraccionamiento o aplazamiento, llevará aparejado la obligación de abonar el interés de demora al tipo legal (Art. 105.4° de la L.J.C.A.). Recuérdese lo ya dicho respecto al interés del Art. 45 de la L.G.P. que establece dos privilegios importantes en favor de la Administración y que son en primer lugar un período de espera de tres meses desde la notificación de la resolución judicial (entiendo desde la resolución que adquiera firmeza, que puede ser la de la Sala) y en segundo lugar, los intereses se devengan desde que se insta la ejecución, no desde que se dicta la sentencia de instancia por el Juzgado, a diferencia del Art. 576 de la L.E.C.

El principio de legalidad presupuestaria no puede actuar como un mecanismo purificador de la tardanza o negligencia en el cumplimiento de la sentencia y así el T. Constitucional en sentencia de 7 de julio de 1982 señaló que «en ningún Caso el principio de legalidad presupuestaria puede justificar que la Administración posponga la ejecución, más allá del tiempo necesario para obtener las consignaciones presupuestarias».

Si la sentencia no contiene una condena dineraria, sino a una prestación de hacer o no hacer y se acuerda la suspensión de la ejecución, entiendo aplicable el Art. 106.1° de la L.J.C.A. para que el Juzgado por el oportuno trámite incidental pueda fijar la suma que el ejecutante se le debe satisfacer como resarcimiento de los daños e indemnización de los perjuicios derivados de dicho aplazamiento.

Si la condena es un hacer por parte de la Administración, el Juzgado le fijará un plazo para que se efectúe (Art. 580 de la L.E.C.).

c) Medios con que ha de llevarse a efecto la sentencia y procedimiento a seguir. Sorpresivo es el contenido de dicha medida ya que como he indicado

antes, es la Administración la que conoce los medios para cumplir lo acordado y no el propio Juzgado que desconoce el funcionamiento interno del Ministerio o del Departamento.

Si se trata de una obligación de hacer, se aplicarán lo dispuesto en los Arts. 923 y S.S. de la L.E.C. si bien en caso de que la prestación sea imposible se producirá la indemnización de danos y perjuicios que debe ser entendida con carácter restrictivo ya que el Art. 241.1º de la LRJS. obliga en principio a ejecutar la sentencia en sus propios términos. A estos efectos es significativa la redacción del Art. 104 de la L.J.C.A. que ordena que la sentencia se lleve a puro y debido efecto.

- Tratándose de la obligación de readmisión de trabajadores al servicio de la Administración, reitero lo ya dicho sobre la adquisición de la naturaleza de fijos en la Administración, y los posibles problemas de un pronunciamiento de despido nulo a la vista de los categóricos términos del Art. 281.1º de la LRJS.

d) Medidas necesarias para lograr la efectividad en lo mandado. La dificultad es la misma que cuando se habló de los medios. Ya se habló de la posibilidad de una responsabilidad civil y penal ante el incumplimiento de la sentencia que exigirá la remisión de los testimonios oportunos al Ministerio Fiscal para la apertura del oportuno procedimiento penal, aunque en este caso se plantean problemas en encaje de la conducta administrativa dentro del Art. 237 del Código Penal (desobediencia), del Art. 378 (usurpación de atribuciones), o 369 (desobediencia como delito cometido por el funcionario en el ejercicio de su cargo), parece que este último precepto es el que mejor encaja en el supuesto.

No obstante la vía penal o disciplinaria no es la que satisface el interés del ejecutante en que su sentencia se cumpla, por lo que estimo más adecuados y eficaces otras medidas que a mi juicio se pueden adoptar en el seno de la ejecución sin necesidad de acudir a otro proceso declarativo dado los amplios términos del Art. 238 y 289 de la LRJS. lo que debe permitir que tras la oportuna comparecencia o comparecencias incidentales se puede acordar la anulación de los actos administrativos dictados en ejecución que vayan en contra de la ejecutoria o la dejen vaciada de contenido.

Se regula en el art 287 es la imposición del apremio pecuniario lo que se puede explicar dado el mismo destino (Tesoro Público) de dicha sanción; por otro lado de nada serviría imponer el apremio pecuniario si luego no se puede decretar embargo alguno para hacerlo efectivo.

Por lo que respecta al tratamiento de las costas procesales en la ejecución frente a la Administración del Estado, señala varios argumentos para pretender que no quepa el pago de costas procesales por la Administración en la fase de ejecución.

En este sentido afirma que la ejecución se sigue de oficio, sin necesidad de ser instada por el demandante y no requiere la intervención de letrado (art. 287.1º L.P.L.). Debo apuntar que el artículo 287, a mi juicio dice otra cosa, que es que una vez iniciada una ejecución -y por tanto instada-, el Juzgado, de oficio, adopta todas las medidas necesarias para promoverla y activarla. El citado autor prosigue señalando que en cambio la ejecución frente a particulares siempre requiere instancia de parte. Asimismo afirma que la Administración

Pública responderá en todo caso del crédito que conságran los arts. 42, 43.1. y 44.3 de la Ley General Presupuestaria y que el cumplimiento efectivo de la obligación se refuerza con la exigencia de responsabilidad, no sólo civil (art. 43 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y Procedimiento Administrativo Común) sino también criminal que las actuaciones del letrado del ejecutante son superfluas, por lo que no pueden incluirse en la casación de costas. Con argumentos de idéntica sólida construcción prosigue razonando que la ejecución frente a particulares se practica mediante la aprehensión y embargo de sus bienes, pero la que se insta frente al Estado no, porque al estar los de titularidad estatal afectos al servicio de los intereses generales son declarados inembargables (arc. 44.1 de la L.G.P. y concordantes).

Por último hace referencia a una conclusión de sistemática normativa apelando a que el art 269.3 de la L.RJS (inscrito en el capítulo 2º) señala que los honorarios de los Letrados de los ejecutantes, cuando la ejecución se sigue frente a particulares podrán incluirse en la tasación de costas, mientras que el capítulo cuarto (de la ejecución de Sentencias frente a entes Públicos) no incluye un precepto análogo.

Los anteriores argumentos no son acogidos por el T.S. que en la Sentencia de 26 de noviembre de 1993 ha señalado que:

"El art 229.4º se limita a establecer quienes están exentos de constituir depósito y consignación para recurrir; en efecto enumera el precepto al Estado, las CC.AA., las entidades locales, los Organismos Autónomos dependientes de todos ellos y quienes tuvieran reconocidos el beneficio de Justicia gratuita, equiparándolos al fin expresado (exención de depósitos y consignaciones) pero no afirma en absoluto, ni es el fin del precepto que todos o algunos de ellos, gocen del beneficio de justicia gratuita... Es por ello por lo que ya esta Sala en Sentencias, entre otras de 22 de junio, 30 de junio, 19 de octubre y 2 de noviembre de 1993 (R.J. 1993,4.776,4.942,7.842 y 8.918), ha condenado a la Administración al pago de las costas, con fundamento en el mencionado art 233.1º.

No es contraria a tal conclusión la Sentencia dictada por esta Sala de 22-10-92 (R.J. 1992,7.669), que invoca que el Ministerio Fiscal en su dictamen, ya que la misma se refiere al tema de la condena al I.N.S.S., al pago de las costas, lo cual comporta un tratamiento específico en la medida que hay un precepto, el art 38.2º, del texto refundido de la ley General de la s.A. (actual art 59.3º de la nueva L.G.S.S.) que expresamente reconoce al I.N.S.S. el beneficio de Justicia Gratuita.

Con respecto a lo anterior debo hacer dos consideraciones:

1º La exención parcial que del pago de costas hace el art 235 LRJS sólo se refiere a los recursos de Suplicación y Casación, no a la fase de ejecución.

2º El art 47 de la L.E.C. establece que los que tengan derecho a litigar gratuitamente por declaración legal están obligados a pagar las costas de la parte contraria si fueran condenados en costas, debiendo entenderse que no hay mayor condena en costas que la que legalmente establece el art 950 para el ejecutado organismo Público condenado en Sentencia.

3. Alternativas posibles

Como indiqué, el legislador ha dejado de lado conscientemente las verdaderas fórmulas que pudiesen hacer efectiva la ejecución de sentencias frente a la Administración y que son entre otras:

- Posibilidad de expedición por el Juzgado directamente de mandamientos de pago con cargo a partidas presupuestarias destinadas expresamente a tal fin.
- Admitir fórmulas de compensación de créditos a favor de la Administración y contra el ejecutante (por ejemplo deudas tributarias, multas, etc.).
- Fórmulas que posibilitasen la retención directa de cantidades o transferencias que deba recibir el organismo efectuado, en manera similar a lo que ocurre cuando la Seguridad Social ejecuta a un organismo público que debe recibir una transferencia de la Administración del Estado.

Por unas vías indirectas se puede forzar a la Administración a que cumpla las sentencias y que son la imposición siempre de las costas a la Administración ejecutada que dada la imposibilidad de embargo y realización forzosa se contraerá a los honorarios del Abogado o Graduado Social por permitirlo sin ninguna excepción el Art. 269.3º de la LRJS a diferencia de la excepción que prevé el Art. 235 de la Ley para el caso de desestimación del Recurso.

La Administración ejecutada no puede argumentar para eximirse del abono de estos honorarios que goza del beneficio de justicia gratuita; e/ auto del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1986 distinguen los efectos del beneficio de justicia gratuita y señala que en dicho privilegio no se debe entender incluido la exención del pago de los honorarios de la otra parte.

El Art. 47 de la L.E.C. señala que los que tienen derecho a litigar gratuitamente por declaración legal (como los organismos públicos) deben de abonar las costas de la parte contraria si fueran condenados en costas, en la ejecución la condena en costas no se establece en resolución ya que no hace falta ya que son a cargo del ejecutado por expresa declaración legal (Arts. 950 de la L.E.C. y 269 de la LRJS.).

4. LA CONSIGNACION DEL CAPITAL COSTE DE LA PRESTACION DE SEGURIDAD SOCIAL

El supuesto de hecho que regula el Art. 288 de la LRJS es el siguiente: el órgano judicial ha dictado una sentencia en la que se ha reconocido una prestación de la S. Social de pago periódico (por ejemplo: una pensión de invalidez total), dicha sentencia ha ganado firmeza. Si el condenado a abonar esta prestación (Empresa o Mutua) no cumple la sentencia voluntariamente, una vez solicitada la ejecución (ya que siempre debe ser instada la ejecución por la parte) el Juzgado no puede despachar la ejecución automáticamente, ya que el beneficiario debe cobrar la pensión en la Tesorería de la S. Social, sino que se deberá dirigir a este Servicio Común (no Entidad Gestora como señala

el Art. 286) para que se capitalice el importe concreto de dicha prestación y una vez efectuado dicho cálculo, se requiere a la empresa o la Mutua condenada para que lo ingrese en el plazo de 10 días no en la cuenta del Juzgado sino en la de la Tesorería.

El Real Decreto 716/1986 de 7 de marzo atribuye a la Tesorería de la S. Social la determinación del capital coste de la prestación según las tablas de mortalidad y tasas de interés aprobadas por el Ministerio de Trabajo.

Es defectuoso el encuadre de este artículo dentro de la ejecución frente a organismos públicos ya que aquí no se dirige la ejecución frente a la Administración, sino que lo único que se pide de ella es la realización de un acto instrumental de colaboración (cálculo a tanto alzado de la pensión mensual que le puede corresponder al beneficiario teniendo en cuenta su edad y demás circunstancias) necesario para integrar y completar líquidamente la sentencia que condena a la prestación a un organismo que no es público (empresa o Mutua Patronal).

Por tanto, si el condenado en la sentencia al abono de la prestación es un organismo público (INSS, T.G.S.S.) no será necesaria la capitalización al deber abonarse directamente por la Tesorería, con lo que si la Entidad Gestora o Servicio Común no paga la ejecución seguirá el cauce del Art. 287 de la L.R.J.S. No será necesario el cálculo, una vez firme la sentencia, aunque sea condenada una empresa o Mutua si dicho cálculo ya se efectuó por imperativo del Art. 192 de la L.R.J.S. en el momento de anuncio de Recurso de Suplicación y dicha operación será la que sirva para la ejecución posterior a no ser que la cuantía de la prestación se vea modificada tras el recurso.

Una vez calculado el capital coste se debe requerir al condenado para que lo ingrese en la Tesorería en el plazo de 10 días bajo apercibimiento de apremio en caso contrario.

Si el ejecutado discute la cuantía del capital-coste fijado por la Tesorería.

Entiendo que deberá consignarlo en su totalidad sin perjuicio de la ulterior impugnación al ser una resolución dictada en ejecución de sentencia (Art. 244) que conlleva su ejecutividad inmediata. Esta impugnación ¿se deberá articular mediante una nueva demanda declarativa a conocer por el Juzgado de lo Social o será suficiente su planteamiento incidental ex Art. 238 de la L.R.J.S.? Entiendo que será necesaria una nueva demanda ya que aquí la impugnación debe tener como parte demandada a la Tesorería que recordemos no es parte en la ejecución. Además de exigirse el agotamiento de la reclamación previa en vía administrativa frente a dicho acto de fijación de capital que mal encaje tiene dentro de la comparecencia incidental del Art. 238 LRJS.

No se debe entender que el Juzgado de lo Social no es competente en estos casos por tratarse de un acto de gestión recaudatoria (Art. 3 de la LRJS.) ya que en este caso parece que si el condenado no consigna la cuantía, el que deberá ejecutar y “recaudar”, será el Juzgado no el organismo administrativo.

La Sala 4ª del Tribunal Supremo en sentencia de junio de 1990 ha declarado que siendo el capital coste de renta la consecuencia del reconocimiento de

prestaciones de la S. Social y venir atribuida la competencia sobre éstas a la Jurisdicción Social su conocimiento se extiende a las cuestiones que por vía incidental se planteen en el proceso relativas al capital coste.

Téngase en cuenta que en este punto la Tesorería más que recaudar lo que hace es cuantificar y completar el importe exacto de la prestación a abonar por el condenado en la sentencia.

Se plantea que no deben tener acceso a la ejecución social los supuestos en los que una resolución administrativa del INSS impone el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad a una empresa ya que el Art. 4 del Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de Seguridad Social (Real Decreto 1.517/91 de 11 de octubre) señala como objeto de gestión recaudatoria la cobranza de dichas cantidades, previsión desarrollada especificada en el Art. 91.1.º del mismo Reglamento, por lo que no puede prosperar la petición del trabajador de que se ejecute por el Juzgado, dicha resolución administrativa.

En la práctica el conocimiento y competencia es de los juzgados de lo Social.

SUPUESTOS PECULIARES DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

A continuación voy a hacer referencia a una serie de casos en que la ejecución de la sentencia en la forma vista hasta ahora sufre unas fuertes matizaciones bien por su pronunciamiento declarativo lo que no impide que su ejecución se condicione a un posterior proceso de condena (conflicto colectivo), bien por la propia naturaleza de la prestación de hacer establecida en la sentencia (reconocimiento de una categoría profesional u obligación de realizar unas funciones de acuerdo con dicha categoría), o por último por los problemas cuantitativos de parte del pronunciamiento de las sentencias de despido (salarios de tramitación).

I. SENTENCIAS DE DESPIDO COLECTIVO

Al hablar de los requisitos y clases de título de ejecución ya se señaló que no cualquier sentencia era un título válido para iniciar el proceso de ejecución, sino que sólo las sentencias de condena podían abrir dicho procedimiento, bien fuesen de condena dineraria, o consistentes de un dar, hacer o no hacer algo por parte del condenado; con lo que las sentencias meramente declarativas y casi siempre las constitutivas quedaban fuera del actuar ejecutivo.

En el ámbito del proceso laboral se fue consolidando una firme doctrina que admitía excepcionalmente la admisibilidad de las demandas meramente declarativas, que exigía que en el suplico de la demanda se especificase la cantidad que se reclamaba o la ejecución o abstención de actos o hechos determinados.

No obstante se admitía como excepción a la regla general de exigencia de condena concreta la existencia de pronunciamientos meramente declarativos cuando la norma así lo preveía por ejemplo en los conflictos colectivos y en los procesos de clasificación profesional.

Paralelamente a lo anterior la jurisprudencia consideró inejecutables las sentencias dictadas en procesos de conflictos colectivos por su natural pronunciamiento exclusivamente declarativo.

Esta doctrina tenía validez cuando los fallos contenían este pronunciamiento, pero no se podía admitir la imposibilidad de su ejecución cuando el fallo era de otra naturaleza. Así se debían ejecutar cuando el pronunciamiento era de condena y sobre todo a la luz de una sentencia del T. Constitucional a la que haré referencia.

En este momento trato exclusivamente la problemática de la ejecución de una sentencia colectiva firme, la ejecución provisional de estos fallos se estudiará más adelante.

A. Su natural pronunciamiento declarativo

Tradicionalmente se denominó a estas resoluciones sentencias normativas o con un valor cuasinormativo ya que declaraban un derecho de las partes puesto en discusión por la diferente interpretación que éstas daban al Convenio o norma, integrando dichos cuerpos reguladores como si de una norma se tratara.

Este calificativo de «normativo» estaba en íntima conexión con el objeto del proceso especial de conflicto colectivo que el Arr. 153.1º de la L.R.J.S. lo concreta en la discusión de «demandas que afectan a intereses generales de un grupo de trabajadores y que versen sobre la aplicación o interpretación de una norma en Convenio Colectivo, cualquiera que sea su eficacia, o de una decisión o práctica de empresa».

El proceso y la sentencia resolvían la discusión sobre la aplicación o interpretación del precepto normativo o convencional, limitándose normalmente a declarar el derecho en discusión, pero sin imponer una condena, dineraria o prestacional a ninguna de las partes.

La doctrina del Tribunal Central vino a establecer que por su naturaleza declarativa no son directamente ejecutables estas sentencias, con la consecuencia de que si no se cumplen directamente por el demandado, los beneficiarios de la misma habrán de acudir a un nuevo procedimiento en el que a la visra de las circunstancias de cada caso se especifiquen los términos de aquéllas y se dicte un pronunciamiento de condena, (Sentencia del T.C. T. de 23-5-88).

En la misma línea se señaló que «en esta clase de sentencias no se puede imponer a las partes ningún tipo de conducta, ya que lo que hacen es resolver sobre la interpretación o aplicación de un precepto legal o convencional y por tanto carece de sentido hacer dictados de condena para quienes necesariamente han de acatar el fallo, de ahí que no sea procesalmente correcto condenar a las partes a conductas determinadas ó entregar algo al demandante» (Sentencia del T.C. T. de 18-10-88).

B. Necesario proceso posterior para su ejecución

En conexión con lo anterior, la doctrina vino exigiendo la necesidad de un proceso declarativo posterior en petición de la condena concreta y determinada y que traía causa en la declaración genérica que de forma general estableció la sentencia colectiva. En este ulterior proceso los demandantes no serían las representaciones colectivas legitimadas y protagonistas del conflicto colectivo, sino los trabajadores representados en aquél accionando frente al empresario obligado, dado la eficacia *erga omnes* o limitada de la sentencia colectiva, eficacia por otro lado paralela al Convenio o norma objeto de interpretación.

Así lo entendió la sentencia del T.C. T. de 23-7-87 al señalar que «la eficacia normativa de la sentencia recaída produce una extensión *erga omnes* de cosa juzgada a todos los trabajadores y empresas incluidos en el ámbito del conflicto a través de la figura de la representación».

En este proceso posterior se desplegarían los efectos propios de la sentencia colectiva y de la cosa juzgada.

A estos efectos es importante distinguir dos consecuencias diferentes:

- El Art. 160.5º de la LRJS. señala que la sentencia firme del conflicto colectivo producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre *identico objeto*.

La redacción del precepto no es lo suficientemente clara y puede inducir a confusiones.

En primer lugar el precepto se debe poner en conexión con el Art. 1.252 del Código Civil que exige para la apreciación de la cosa juzgada la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con la que lo fueron.

Casi nunca se dará entre el proceso colectivo y el individual posterior dicha perfecta identidad ya que es absurdo que las mismas representaciones colectivas promuevan otro proceso en reclamación de lo ya solicitado y resuelto en el anterior; lo que normalmente ocurrirá será que los trabajadores representados por los Sindicatos o Comités accionantes vuelvan a promover demanda individual de condena en base a la sentencia colectiva.

Por tanto el precepto debe ser reinterpretado en el sentido de que la identidad de partes del Art. 1.252 del C. Civil se dará también en el caso de que los protagonistas del segundo proceso fuesen parte material (por representación) en el previo proceso colectivo. Así lo entendió la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 26 de julio de 1990 cuando señaló que la identidad subjetiva exigida por el 1.252 del C. Civil en el caso del conflicto colectivo «debe apreciarse desde la consideración de los trabajadores y empresarios afectados y no desde los sujetos colectivos que como representantes de unos u otros, promueven o intervienen en este tipo de procesos».

Por otro lado, aunque se admita la extensión de dicha identidad, a mi juicio correcta, la excepción no podrá prosperar ya que no concurrirá la identidad de objeto entre ambos procesos ya que las pretensiones ejercitadas serán distintas normalmente, al discutirse en el colectivo la interpretación del precepto

y al reclamarse en el posterior normalmente unas cuantías en base a esa interpretación.

A mi juicio el Art. 160.5º debe interpretarse en el sentido de impedir otro proceso posterior tanto individual como colectivo sobre el mismo objeto (interpretación o aplicación de un precepto) ya resuelto en el proceso colectivo al ser la sentencia inatacable y dado sus efectos erga omnes que se impone a todos.

Este efecto es típico de la cosa juzgada y similar en su funcionamiento a otras órdenes jurisdiccionales. Será lo que se conoce con el nombre de efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada.

- Por otro lado la sentencia firme producirá también el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada. En el posterior proceso individual en reclamación de condena determinada se debe partir necesariamente de lo resuelto en la sentencia colectiva y de una forma vinculante sin poder apartarse de la interpretación que a la norma controvertida dió dicha sentencia.

El ejemplo que se suele dar en estos casos es que declarado genéricamente en la sentencia colectiva el derecho de los trabajadores a un determinado plus, dicha sentencia (a no ser que se cuantifique el plus y se condene a cantidad líquida por ello) no será directamente ejecutable, pero en el proceso posterior en reclamación de dicha cantidad el Magistrado no podrá apartarse de la declaración del derecho establecido previamente.

C. El acceso directo a la ejecución de la sentencia colectiva

El acceso a la ejecución de la sentencia como instrumento de satisfacción de la tutela judicial efectiva, sin dilaciones indebidas, que se pueden producir en el presente caso por la exigencia innecesaria de un declarativo posterior debe orientar la problemática que se trata ahora.

En este sentido se debe de admitir la ejecución directa cuando el pronunciamiento de condena de la sentencia así lo permite.

Es ilustrativa la sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de mayo de 1988 que señalaba que: «no todos los procedimientos de conflicto colectivo presentan los mismos caracteres, ni todos ellos persiguen el mismo objeto. Es verdad que el procedimiento de conflicto colectivo sólo puede utilizarse para difundir aquellas cuestiones que afectan a un grupo de trabajadores considerado en su conjunto o en abstracto, pues el interés que en el mismo se hace valer, no es el individual y concreto de cada trabajador, ni tampoco la suma de intereses de éstos, sino el interés general o colectivo de dicho grupo».

Pero ello no ha sido obstáculo para que en ocasiones se satisfagan por esta vía pretensiones en las que el aspecto objetivo del conflicto (el interés general o colectivo), cede en importancia ante el elemento subjetivo; y en las que en consecuencia no se reclama tanto la interpretación de una norma de alcance general, como el cumplimiento de una obligación que afecta a un grupo de trabajadores.

Así, hay resoluciones judiciales que reconocen derechos o imponen obligaciones que, además de su dimensión colectiva, tienen una repercusión

directa en el plano individual, por lo que incluyen en su fallo, conjuntamente con esa declaración de derechos, o incluso de forma exclusiva, un pronunciamiento de condena más detallado.

Desde el ángulo del derecho a la tutela judicial efectiva, lo que importa no es que la sentencia haya sido dictada en un procedimiento de conflicto colectivo, sino que la ejecución de la misma se lleve a efecto en sus propios términos y por ello es preciso examinar en cada caso concreto, si la sentencia de conflicto colectivo puede ser ejecutada directamente o si por el contrario, resulta necesario la apertura de un procedimiento posterior para hacer efectivos sus mandatos, en el caso de que éstos se agoten en la mera declaración judicial.

Los ejemplos prácticos pueden ser variados: por ejemplo disfrute de un derecho adquirido de carácter no económico, uso de un economato, utilización de un autobús para desplazarse al centro de trabajo, horario especial, descanso, etc. ... así como condenas dinerarias establecidas en la sentencia, por ejemplo: en reclamación de un plus que se cuantifica en la demanda y sentencia.

Además, el acceso a la ejecución directa, no se debe interpretar restrictivamente como nos indica nuestro Tribunal Constitucional y así se deberá ejecutar la sentencia si por ejemplo el fallo sólo declara el derecho al percibo de un plus pero lo cuantifica en unas determinadas cantidades por un período concretado en la demanda y en la sentencia, o declara el derecho al disfrute de esas condiciones o mejoras no económicas ya señaladas, sin condenar expresamente a la empresa a dicho abono o a facilitar dichas mejoras ya que se desprende directamente del fallo dicha condena.

En resumen, se pueden señalar tres supuestos diferentes:

1. Sentencia desestimatoria: no es ejecutable.
2. Sentencia estimatoria, meramente declarativa: no será ejecutable, pero el proceso posterior de condena deberá tener en cuenta lo resuelto por la sentencia colectiva con carácter prejudicial.
3. Sentencia con pronunciamiento de condena: será directamente ejecutable, si se trata de condena dineraria como una ejecución ordinaria.

Pueden surgir problemas derivados de la legitimación para instar la ejecución ya que como vimos los protagonistas del conflicto habrán sido representaciones colectivas (Sindicatos, Comités de Empresa, etc. ...) y en cambio la ejecución la presentarán normalmente trabajadores individuales por lo que habrá que examinar si se encuentran dentro del ámbito del conflicto colectivo resuelto, por afectarles erga omnes el Convenio o la norma o por verse afectados de una forma limitada por la norma o pacto interpretado.

Hay que señalar que tratándose de ejecutar una condena no dineraria, sino una prestación de hacer (por ejemplo: disfrute de un autobús, comedor, descanso, etc..) los problemas surgen en caso de resistencia del empresario a cumplir la sentencia, lo que obligará al órgano ejecutor a extremar su celo, teniendo siempre presente, que la ejecución se debe llevar a efecto en los propios

términos contemplados en la sentencia (Arr. 241.1ºLRJS), exigiéndose por canco los requerimientos previos para que la sentencia se cumpla en sus propios términos, con la consiguiente posibilidad de imposición de apremios pecuniarios si el requerido no la lleva a efecto (Arr. 241.3ºLRJS), entendiendo que la ejecución transformativa de la indemnización de daño y perjuicios por incumplimiento (Art. 924 de la L..E.C.) sólo cabrá cuando la prestación devenga imposible.

Aunque la sentencia colectiva sea de condena, podrá verse frustrada su ejecución si los trabajadores afectados por el conflicto colectivo accionaron previamente en reclamación individual dineraria y vierón esestimada su demanda por sentencia firme.

2. SENTENCIAS DE RECONOCIMIENTO DE FUNCIONES PROPIAS DE UNA CATEGORIA PROFESIONAL

En este grupo de sentencias hago referencia a un supuesto en el que la naturaleza del pronunciamiento de condena y la obligación impuesta al empresario es tan peculiar que se hace difícil su ejecución y a su vez la fiscalización del cumplimiento de la sentencia.

El caso concreto es la sentencia que condena a la empresa a una prestación concreta y peculiar: que el trabajador realice unas determinadas funciones acordes con su categoría y no otras que fueron ordenadas por el empresario. No estamos ante el supuesto de reconocimiento de categoría profesional ya que no se discute y es reconocida por la empresa.

Tampoco es el caso en el que se pretende la ejecución de la sentencia de clasificación profesional por su pronunciamiento meramente declarativo y que por tanto precisará para su ejecución un posterior proceso en reclamación bien de diferencias económicas, o bien en petición de posibilitar la realización de las funciones propias de una nueva categoría.

El caso se plantea cuando el ejecutante postula en base a la sentencia que así lo reconoce, la realización de unas funciones inherentes a la categoría o puesto de trabajo que desempeña, sin que la empresa le discuta tal categoría o puesto y siendo pacífico también las consecuencias retributivas del desempeño de dichas tareas.

En estos casos la ejecución ha de ser en sus propios términos (Art. 241.1º de la L.RJS.), si bien la naturaleza de la prestación (facilitar la realización de dichas funciones) puede ocasionar problemas en la ejecución; la posible resistencia del empresario a que el trabajador realice las funciones señaladas en la sentencia puede ser vencida con imposición de apremios pecuniarios, si el obligado requerido al efecto no cumple la resolución judicial (Art. 241.1º de la L.RJS.).

Si en la ejecución surgen dudas acerca del cumplimiento de la sentencia, debido a la similitud de funciones efectivamente realizadas por el ejecutante y las que en realidad debiera efectuar en cumplimiento de la sentencia, es básico acudir al informe de la Inspección de Trabajo; organismo competente para velar por el cumplimiento de las condiciones legales (entre ellas las establecidas en la sentencia) de trabajo y seguridad.

3. SENTENCIAS DE DESPIDO: SU EJECUCION RESPECTO A LA CONDENA A LOS SALARIOS DE TRAMITACION.

Las sentencias de despido contienen dos pronunciamientos de condena completamente diferentes en cuanto a su forma de ejecutarlos, uno es el pronunciamiento de la condena a la readmisión bien por venir impuesta legalmente (despido nulo) o bien por haberse optado expresa o tacitamente por ella (despido improcedente) y otro completamente diferente es la condena al empresario al pago de los salarios dejados de percibir (salarios de tramitación). La ejecución de estos salarios es a mi juicio una especie, si bien cualificada, del género de la ejecución dineraria y por tanto el trabajador deberá de acudir a los trámites de la ejecución dineraria (Arts. 246 y s.s. de la L.P.L.) para reclamarlos y no al trámite de los Arts. 276 y 280 del Texto Articulado previstos para el cumplimiento de la obligación de readmisión que presenta perfiles muy distintos a la obligación salarial que ya fueron resaltados por la sentencia del T. Supremo de 2 de noviembre de 1989.

La especialidad de la ejecución de los salarios de trámite radica en la difícil concreción en ocasiones de su cuantía, debido ello a varios motivos entre los que se pueden citar:

1. La no cuantificación en la sentencia de su importe exacto, al desconocerse en ese momento el día final del período en el cual se devengan ya que se ignora cuándo va a ser el día en que se recibe la notificación de la sentencia o cuándo se va a producir la readmisión efectiva del trabajador.
2. La posible revocación por el Tribunal Superior de la sentencia del Juzgado.
3. El juego combinado de la ejecución provisional de la sentencia de instancia.

Es necesario hacer una distinción básica: en el despido nulo los salarios dejados de percibir son los devengados desde la fecha del despido hasta la fecha de la readmisión del trabajador (Arts. 55.6º y 113 de la L.P.L.). Estos preceptos no lo indican expresamente, aunque entiendo que los dejados de percibir sólo pueden ser los correspondientes a ese período y más si tenemos en cuenta la interpretación jurisprudencial que considera que la relación ha seguido viva como si el despido no se hubiese producido.

En el despido improcedente los textos legales son más expresivos y condenan al empresario al abono de una «cantidad equivalente» a los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia (Arts. 56.1ºb) del E.T. y 110 de la LRJS.).

Para el despido nulo, entiendo que los salarios se deben de abonar hasta la readmisión efectiva por aplicación analógica de lo dispuesto en el Art. 278 de la L.RJS. que obliga al empresario a abonar los salarios hasta que dicha readmisión se produzca, cuando opta por ella en el despido improcedente.

Es interesante destacar los preceptos que en esta problemática se deben de considerar y que son Arts. 55.4º, 55.5º, 56.1º b) del E.T.; Arts. 109, 110 y 113 de la L.P.L.; así como los Arts. 56.5º del E.T. y 118 de la LRJS, en cuanto a la reclamación al Estado de parte de esos salarios de tramitación y Arts. 295 y 298 en cuanto a la ejecución provisional y los salarios que se devenguen durante la tramitación del Recurso.

4 Distinción de supuestos. Sentencia firme. Sentencia tras recurso de suplicación

Es preciso distinguir entre sentencia del Juzgado que no es recurrida y sentencia tras la resolución del Recurso con los posibles pronunciamientos revocatorios o confirmatorios.

a) Sentencia que no es recurrida: se pueden distinguir tres pronunciamientos:

1. Despido procedente: Llevará consigo la extinción: del contrato sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación. (Arts. 55.7º del E. T. y 109 de la L.RJS.).

2. Despido improcedente: Los salarios serán una “cantidad” equivalente a los devengados desde el despido hasta la notificación de la sentencia (Arts. 56.1º b) del E. T. y 110.1º de la LRJS.), si bien el empresario podrá reclamar al Estado los comprendidos después de los 60 días transcurridos desde la presentación de la demanda (Arts. 57 del E. T. y 116.1º de la LRJS.).

3. Despido nulo: Se deben de abonar los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se produzca la readmisión del trabajador, sin posibilidad de que el empresario pueda reclamar al Estado exceso alguno sobre los 60 días después de presentada la demanda.

Estos salarios *son* calculados de esta forma en los supuestos de que la sentencia se cumpla normalmente ya que si en el despido improcedente optando expresa o tácitamente por la readmisión, ésta no se produce los salarios dejados de percibir se alargan, prolongándose desde la notificación de la sentencia hasta que se dicta el auto extintorio (Art. 279.2ºc) de la LRJS.); de igual forma, en los supuestos de nulidad, estos salarios de tramitación se irán ejecutando hasta que se produzca la readmisión ex Art. 282 de la LRJS. y garantizándose además la permanencia del trabajador en alta y con cotización a la Seguridad Social.

b) Sentencia que es recurrida: Los posibles supuestos son tres:

1. Despido declarado procedente por el Juzgado que tras el recurso puede ser declarado:

- Procedente: La confirmación de la sentencia no ocasionará problemas al no haberse dado ejecución provisional ex Art. 295.

- Improcedente: Se deberán abonar la cantidad equivalente a los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la notificación de la sentencia de la

Sala, pero con posibilidad de que el empresario puede reclamar al estado los comprendidos desde después de 60 días desde la presentación de la demanda hasta la fecha de notificación de la sentencia del Tribunal Superior (Arts. 57 del E. T. y 116.1° de la LRJS.). El empresario deberá en el plazo de 5 días desde dicha notificación optar por la readmisión (con posibilidad en ese caso de que se alarguen los salarios hasta la readmisión y siempre a *su* cargo) o la indemnización.

- Nulo: Los salarios serán los comprendidos desde el despido hasta que tenga lugar la readmisión efectiva y sin posibilidad de reclamar exceso alguno del Estado al venir contemplada esa posibilidad exclusivamente para el despido improcedente en el Art. 116.1° de la L.R.J.S.

2. Despido improcedente: Para recurrir la sentencia el empresario deberá consignar los devengados desde la fecha del despido hasta la fecha de la notificación de la sentencia; aunque el T. Supremo alguna vez los ha limitado hasta la fecha de la sentencia. (Sentencias del T. Supremo de 11 de marzo de 1977 y 7 de abril de 1985). Tras el recurso dicha consignación se deba devolver al empresario o se entregará al trabajador como parte de los salarios de tramitación. Después de la sentencia del T. Superior los supuestos pueden ser:

- Despido procedente: Los salarios percibidos durante la ejecución provisional no se deben de devolver por el trabajador (Art. 298 de la L.R.J.S.), pero el empresario podrá reclamar al Estado los abonados durante el Recurso si optó en instancia por el abono de la indemnización y no utilizó los servicios del trabajador (ya que en caso contrario se produciría su enriquecimiento) y acredita su abono puntual (Art.116.3° de la LRJS). La misma solución se aplica si el T. Superior anula la sentencia o declara la inexistencia de despido (por abandono o extinción del contrato).

El nuevo texto refundido del procedimiento Laboral, en el art 116 elimina dicha posibilidad ya que en congruencia con lo dispuesto en el art 297 de la LRJS, se excluye la posibilidad de ejecución provisional, en un despido improcedente con opción por la indemnización.

- Despido improcedente: Se deberán abonar los salarios desde el despido hasta la notificación de la sentencia de instancia, con cargo a la consignación efectuada para recurrir. La ulterior ejecución vendrá determinada por la opción hecha en su momento ante el Juzgado sin esperar a la firmeza de la sentencia (Art. 110.3°) con lo que podrán alcanzar y prolongarse hasta que se produzca la readmisión efectiva si el empresario optó por ella (Art. 276) o hasta que se dicte el auto extintorio (Art. 279.2°c) si a pesar de ello no se produce la reincorporación, se deberán descontar los salarios abonados durante la ejecución provisional ya que en caso contrario se produciría un enriquecimiento injusto del trabajador.

- Despido nulo: Se deben de abonar los salarios que se devenguen hasta que tenga lugar la readmisión efectiva y sin que la opción en favor de la indemnización que se hizo en la instancia se pueda tener por hecha (Art. 111.2°), si bien para su cálculo se deberán descontar los abonados durante la ejecución provisional.

3. Despido declarado por el Juzgado como nulo: Al ignorarse por el Juzgado cuando se producirá la readmisión al empresario para recurrir deberá consignar los devengados desde el despido (Sentencia del T. Central de. 10-9-77)

hasta la fecha de la sentencia (Sentencias del T. Central de 12-11-75 y 11-5-82); dicha consignación será devuelta al empresario si el T. Superior le absuelve o se entregará al trabajador como parte de los salarios de trámite. Si la Sala confirma íntegramente la sentencia o declara la improcedencia del despido.

Tras la sentencia de la Sala las situaciones pueden ser las siguientes:

- Despido Nulo: La confirmación de la sentencia conllevará el abono de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta que se produzca la readmisión con el oportuno descuento de los abonados durante la ejecución provisional.

- Despido improcedente: La ejecución dependerá del sentido de la opción a ejercitar en el plazo de los 5 días siguientes a la notificación de la sentencia de la Sala; si se opta por la indemnización se deberán de abonar los salarios devengados hasta la notificación de la sentencia de la Sala con descuento de los abonados durante la ejecución provisional, si se opta por la readmisión se deberán de abonar los que se devenguen hasta que se produzca la efectiva reincorporación del trabajador, con el descuento de los abonados ex Art. 295.

En ambos casos entiendo que podrá ser de aplicación lo dispuesto en el Art. 110.1° de la L.RJS y posibilitar que el empresario pueda reclamar al Estado los salarios que excedan de los 60 días después de presentada la demanda ya que es el T. Superior el que por primera vez declara la improcedencia de] despido si bien no podrá reclamar en ese exceso el período correspondiente a servicios prestados por el trabajador en ejecución provisional ya que se produciría un enriquecimiento injusto.

Despido procedente: El pronunciamiento de la Sala obligará al Juzgado a devolver los salarios consignados para recurrir.

El artículo 116 de la L.RJS, no contempla la posibilidad de reclamar el empresario al Estado los salarios abonados ex- arto 295 de la L.RJS., en el caso de que no haya utilizado los servicios del trabajador.

Mayor antijuricidad del despido nulo

A lo largo del texto articulado y de la L.RJS. se observan unas consecuencias más gravosas para el empresario si su despido es declarado nulo que improcedente.

Así se pueden distinguir varias previsiones diferenciadoras:

- En el supuesto de despido improcedente para el cálculo de los salarios de tramitación se pueden descontar los que haya podido percibir el trabajador en otro empleo si tal colocación es anterior a la sentencia (Art. 56.1° b) del E. T.); en el despido nulo no cabe ese descuento.

- *En el despido improcedente cabe reclamar al Estado los salarios que excedan de los 60 días desde que fue presentada la demanda (Art. 116.1° de la LRJS); en el declarado nulo no es posible.*

- Si el Tribunal Superior revoca la sentencia de instancia, y declara el despido procedente o inexistente, existía la posibilidad de reclamar al Estado los salarios abonados al trabajador durante la ejecución provisional si la sentencia

del Juzgado lo declara improcedente (y se optó por la indemnización), no si lo declaró nulo. El nuevo art 116 elimina así la posibilidad de reclamarlos también en el despido improcedente con opción por la readmisión.

- Por la doctrina jurisprudencial examinada sobre la eficacia extintiva del despido, en los supuestos de nulidad (e improcedencia con opción por la readmisión) al considerarse que la relación laboral sigue viva y que el despido no extinguió el contrato, es posible sujetar a los salarios de tramitación a las necesarias revisiones y revalorizaciones (incrementos legales y convencionales) que se vayan produciendo desde la fecha del despido hasta la readmisión, al tener la consideración de auténticos salarios», cosa imposible en el despido improcedente con opción por la indemnización.

6. Novedades de los salarios de tramitación frente al Estado

En una manifestación del principio administrativo de «solve et repete» el Art. 116 establece la obligación en todo caso del empresario de abonar todos los salarios de tramitación del trabajador, sin perjuicio de la posibilidad de repetir frente al Estado por el exceso de los 60 días (Art. 116.1°).

Por lo tanto el Juzgado no deberá preocuparse como antes limitando en la sentencia la condena del empresario, sino que le impondrá el abono de todos los salarios.

Existe un supuesto excepcional y peculiar en que el trabajador puede reclamar al Estado salarios de tramitación y es el previsto en el Art. 116.2° de la Ley. En estos casos la condena en la sentencia respecto a todos los salarios es exclusivamente para el empresario, pero ejecutada la sentencia si se dicta el auto de insolvencia el trabajador podrá reclamar los salarios de trámite a dos organismos públicos: al Fogasa que abonará en base al auto de insolvencia los devengados desde el despido hasta la presentación de la demanda y otros 60 días más, si bien con los límites del Art. 33 del E. T. y otra reclamación (demanda previa reclamación al Estado) para reclamar los devengados después de esos 60 días hasta la fecha de la notificación de la sentencia.

Hay que señalar dos últimas ideas básicas respecto a los salarios de tramitación de los que puede responder el Estado.

En primer lugar, siempre son a cargo del empresario los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la presentación de la demanda, repárese en que el Art. 116 preve esa reclamación para compensar al empresario del retraso en la tramitación de su juicio por el presumible retraso de los Juzgados, además de que el propio precepto señala como día inicial del cómputo el de la presentación de la demanda.

En segundo lugar siempre serán a cargo del empresario los salarios de tramitación que se devenguen durante la ejecución de sentencia, esto es después de la notificación de la sentencia del Juzgado o Sala que por primera vez declara su improcedencia, lo que puede tener relevancia en el supuesto de

que el auto extintorio de la relación laboral se dicte por el motivo que sea transcurrido un prolongado espacio de tiempo.

LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE SENTENCIAS

Regula esta materia la L.RJS. en el Título II de su Libro IV contemplando con una regulación más o menos detallada tres supuestos diferentes (antiguos anticipos reintegrables, sentencias de Seguridad Social y Despidos) en una tónica heredada de la antigua L.RJS., regula también de una forma novedosa unas *Disposiciones Generales referentes a los recursos y admisibilidad general de la ejecución provisional en la legislación procesal civil, así como un supuesto es pecial de ejecutividad inmediata* de algunas sentencias recaídas en modalidades procesales especiales (Art. 303).

Es plausible la modificación parcial que ha hecho el Texto Refundido de la ejecución provisional, recogiendo en parte las críticas doctrinales efectuadas sobre los defectos de la norma anterior, sobretodo en lo referente a la no contemplación de la posibilidad de la ejecución provisional de una forma amplia.

La ejecución provisional es ahora contemplada como un derecho absoluto o relativo según los casos, dependiendo la relatividad del supuesto en el que nos encontremos; así en el antiguo anticipo reintegrable el carácter relativo depende del posible reintegro que debe efectuar el trabajador en el caso de revocación total o parcial de la sentencia de instancia; en el caso del Art. 303 (sentencias de conflicto colectivo, impugnación de convenio, tutela de derechos fundamentales) la relatividad de la ejecución viene impuesta por la naturaleza de la condena.

En cambio la ejecución provisional se configura como un derecho absoluto en las sentencias de Seguridad Social y en las de despido ya que en ningún caso se deben de devolver por el demandante las prestaciones y salarios percibidos.

La ejecución provisional ha sido de siempre un instituto discutido y polémico debido a la incertidumbre de la solución final y definitiva y los riesgos que debe soportar el condenado recurrente que si bien aparecen salvaguardados en el anticipo, por la responsabilidad solidaria del Estado en su devolución, no ocurre lo mismo en los otros dos supuestos, de ahí la exigencia en el proceso civil de la constitución de fianza por el que solicita la ejecución provisional.

Por otro lado la ejecución provisional social no se contempla como un derecho puesto a disposición de las dos partes, sino que en una expresión más del sentido compensador de las desigualdades subyacentes en el contrato de trabajo, que tiene el proceso laboral (Exposición de Motivos de la Ley de Bases), se concibe dicha institución como un beneficio sólo concedido al trabajador o beneficiario de la Seguridad Social, así se desprende de la redacción expresa de los tres supuestos y en la cláusula de admisibilidad general de la ejecución provisional del Art. 305 que habla de «sentencias favorables al trabajador o beneficiario. El silencio que el Art. 303 guarda sobre

el legitimado para instar la ejecución puede plantear dudas sobre si el empresario puede hacer uso del instituto en el caso de que la sentencia acogiese sus pretensiones.

I SENTENCIAS CONDENATORIAS AL PAGO DE UNA CANTIDAD

Este tipo de ejecución se corresponde con el que la antigua Ley denominaba "Anticipos Reintegrables". La nueva norma no emplea esta expresión en su título ya que el sistema que se crea es distinto del antiguo y que giraba entorno a la constitución del Servicio de Anticipos Reintegrables sobre Sentencias Recurridas que se financiaba en parte por las consignaciones adicionales del 20% de la condena que establecía la L.P.L. de 1980 para el supuesto de recurrir las sentencias de las Magistraturas; este incremento fue declarado inconstitucional y de esa forma su financiación se fue difuminando lo que obligó a la reconsideración del Sistema.

El Anticipo Reintegrable era una institución de amplia tradición, creado por Ley de 10 de noviembre de 1942. El sistema anterior fue ampliamente criticado por la doctrina, tachándolo de anticuado, estrecho, insuficiente, formalista y arbitrario, basándose en una concesión graciable y discrecional de Ministerio o del Magistrado.

Con la anterior normativa, una vez concedido el anticipo se producía una transferencia de la cantidad por un Fondo (F.A.E.) ajeno a las partes, ya que la cantidad no se extraía de la condena consignada para recurrir la sentencia; con lo que en realidad más que de una ejecución, se trataba de un procedimiento administrativo ya que el trabajador no dirigía ejecución alguna frente al condenado que no incurría en ningún tipo de responsabilidad en el caso de revocación de la sentencia; de esta forma Alonso Olea (26) señalaba que estábamos ante una "ayuda social" o en palabras de Montero Aroca (2) ante un «acto de jurisdicción voluntaria».

En la actualidad, este anticipo se perfila no como una concesión discrecional en atención a la situación del solicitante, sino como un derecho que se debe conceder siempre que concurren las circunstancias del Art. 289 de la L.RJS si bien condicionado a una posible devolución.

A. Ambito de aplicación

El Art. 289 de la L.RJS. prevé el anticipo «cuando el trabajador tuviere a su favor una sentencia en la que se hubiere condenado, al empresario al pago de una cantidad y se interpusiere recurso frente a ella». Por tanto parece que queda limitado en principio a los procesos en reclamación de cantidad en los que se ha establecido una condena líquida al empresario, extensible también a las prestaciones de Seguridad Social que consisten en una cantidad a tanto alzado (prestaciones de pago único ex Art. 295).

62

Montero Aroca (2): "La ejecución provisional de sentencias en el proceso laboral" 1999, pg331
Alonso Olea (26): "Derecho y Trabajo" Civitas Madrid

La lectura rápida del precepto, no debe de impedir su aplicación a otros supuestos análogos y que son:

- Sentencias en las que se condena a una empresa a una indemnización complementaria en concepto de *mejora voluntaria* de la Seguridad Social, al no tener asegurado dicho riesgo con una Compañía de Seguros con la oportuna póliza, pactada en Convenio Colectivo o contrato individual de trabajo (Art. 2 c) de la L.RJS.).
- Sentencias de despido, respecto de la condena a los salarios de tramitación establecidos en la sentencia, es decir los devengados desde el despido hasta la notificación de la sentencia (despido improcedente) o desde el despido hasta la readmisión (despido nulo).

Entiendo que no se puede argumentar para impedir el anticipo que la ejecución provisional de los despidos ya tiene su cauce en el Art. 297 ya que este precepto sólo contempla la ejecución respecto a los salarios de trámite que se produzcan durante la tramitación del recurso, es decir los futuros, lo que no impide que se puedan anticipar los ya devengados y fijados en la sentencia.

Prueba de ello es que el propio Art. 299 prevé el anticipo en los casos en que la ejecución provisional del 297 (mediante prestación de trabajo y pago de salarios) no sea admisible.

Idéntica solución cabe a mi juicio, respecto a la condena de la indemnización en el supuesto del despido improcedente si habiendo optado por ella, la empresa la ha consignado para recurrir en Suplicación.

- Sentencias en las que aparece condenado el FOGASA al abono de las prestaciones del Art. 33 del E. T. y la sentencia es recurrida por dicho organismo. La dificultad de la admisión del anticipo puede radicar en el que el Art. 287 emplea el término empresarió (tanto privado como público) concepto que en principio no cuadra respecto al Fondo, argumento que puede decaer si se tiene en cuenta que en este caso, las prestaciones se abonan en sustitución teórica (y casi práctica ya que el Fondo se subroga después en los derechos de los trabajadores frente al empresario) del empleador. De no admitirse esta teoría habría que acudir a la ejecución provisional civil (Art. 303) lo que me parece demasiado artificioso.
- Sentencias en las que se condena al Estado por el exceso de los salarios de tramitación en el juicio de despido. Entiendo que el único supuesto en el que cabe el anticipo será el caso del Art. 116.2º ya que sólo en ese supuesto puede ser el trabajador beneficiario de la sentencia y por tener el empresario en los otros dos casos la condición de demandante.
- Autos dictados en ejecución de sentencia. En el caso de que dichas resoluciones fuesen recurribles en suplicación (Art. 191.2º LRJS.), entiendo que lo procedente no es el anticipo; sino la ejecutividad inmediata de la resolución, al no exigirse la consignación (Art. 244). No obstante y por las razones que ya apunté al hablar del auto extintorio de la relación laboral del Art. 279, entiendo que en este supuesto se debería exigir la consignación de la condena para recurrirlo en suplicación y por tanto sería aconsejable la concesión del anticipo.

- No puede ser extensible el anticipo a las sentencias que imponen obligaciones de hacer, de no hacer o de dar cosas distintas del dinero. Estos pronunciamientos suelen ser propios de las sentencias del Art. 303 de la LRJS. y en especial las recaídas en procesos de conflictos colectivos y de tutela de los derechos fundamentales. No obstante como se vio al hablar de la sentencia colectiva si el fallo contiene un pronunciamiento de condena dineraria la ejecución provisional conllevará la concesión del anticipo; si no hubo condena dineraria la ejecución si existe otro pronunciamiento de condena ejecutable, se llevará a cabo por el Art. 303.

- No son aplicables las normas de los anticipos a las cantidades reconocidas en conciliaciones judiciales o administrativas, debido a la imposibilidad de que se pueda dar frente a ellas un Recurso de Suplicación, como mucho lo que cabrá será una impugnación del acto ante el Juzgado de lo Social que tras la oportuna sentencia desestimatoria de la impugnación, originará una ejecución definitiva, con lo que el posible recurso frente al proveído dictado en ejecución se resolverá con la aplicación del Art. 244 con la consiguiente ejecutividad inmediata de la resolución.

- Las normas sobre los anticipos se aplican también a las sentencias de Seguridad Social en las que se condena al demandado al pago de una prestación de pago único (Art. 293); son los casos por ejemplo de las indemnizaciones por accidente de trabajo e incapacidad permanente parcial (24 mensualidades de la base reguladora).

La concesión del anticipo pasa a ser una prestación de Seguridad Social, pero al no consistir en una prestación de pago periódico (pensión), no se puede abonar periódicamente durante la tramitación del recurso, por el INSS, Mutua o empresa (Arts. 292 y 192,2º, 3º y 4º de la L.RJS.). En estos casos si la condenada es la empresa o una Mutua, para recurrir habrá tenido que consignar el importe de la condena y será a su cargo a esa consignación como se obtendrá el anticipo; si fue condenado el INSS, no existirá consignación para recurrir y el anticipo correrá a cargo del órgano gestor (Arts. 288.2º y 3º).

El Art. 293 de la LRJS ha solucionado, los antiguos problemas provocados al no poder ejecutar provisionalmente estas sentencias con el argumento de que al no ser una prestación de pago periódico se impedía su abono durante la tramitación del recurso y al no ser una sentencia de cantidad tampoco se concedía el anticipo reintegrable.)

B. Procedimiento

Esta ejecución provisional, no deja de ser una subespecie de la ejecución y por tanto sólo puede iniciarse a instancia de parte.

La solicitud debe de partir de trabajador o beneficiario de la prestación de pago único. La nueva Ley ha flexibilizado los requisitos de la petición y como indiqué se trata de una concesión obligatoria y no graciable en función de las circunstancias del trabajador. A estos efectos el Art. 217 de la antigua L.P.L. exigía hacer constar el domicilio, estado civil, número y edad de los hijos o personas que conviven con el demandante y a su costa, nombre y domicilio del

empresario y clase de empresa en la que presta sus servicios si estuviese colocado y declaración de que por su honor se compromete a devolver las cantidades en el caso de que proceda.

En la actualidad, al no depender la concesión del anticipo de estas circunstancias, parece que bastará con una mera solicitud del demandante indicando la circunstancia de la no firme de la sentencia y la cantidad que desea obtener como anticipo.

No señala la LRJS. plazo alguno para solicitar la ejecución provisional; podía pensarse que sería de aplicación el plazo de 6 días establecido en el Art. 385 de la L.E.C. Estimo no procedente la aplicación de este plazo ya que el Art. 303 remite a la ejecución provisional civil sólo cuando no puede encajar la ejecución en los casos previstos en la Ley

Tampoco estimo aplicable el plazo de 1 año del Art. 243 ya que se encuentra encuadrada dentro de la ejecución definitiva, Entiendo que dados los amplios términos en que se contempla la concesión del anticipo, la solicitud se podrá formular en cualquier tiempo siempre y cuando se produzca la petición entre el día del anuncio del Recurso (ya que antes se ignora si la sentencia devendrá firme) y el día de la firmeza de la sentencia (tras la resolución de la Sala, o desistimiento del recurrente).

Por otro lado parece no aconsejable encorsetar el anticipo en un plazo tan escaso de 6 días, cuando el trabajador está obligado a devolver el anticipo, que no es encima de toda la condena y que dicha devolución se garantiza solidariamente por el Estado, además de la clara naturaleza parentoria de los créditos sociales (salarios) destinados como tradicionalmente ha señalado la jurisprudencia a retribuir las necesidades más vitales e inmediatas del trabajador y su familia.

La solicitud se dirigirá ante, el órgano judicial que dictó la sentencia (Art. 290.1º), aunque no lo indica la Ley, será el Juzgado o Sala de lo Social que dictó la sentencia en instancia, aunque adelante que casi siempre será el Juzgado de lo Social ya que las Salas, por la índole de los procesos que pueden conocer (básicamente conflictos colectivos e impugnación de Convenios) rara vez dictarán sentencias de cantidad, a no ser que éstas contengan un pronunciamiento de condena a cantidad determinada, cbsaque puede ocurrir, como dije en alguna sentencia colectiva, lo que obligará a la Sala a la tramitación y concesión en su caso del anticipo.

Para que entre en juego el mecanismo del anticipo se requiere que se den una serie de *presupuestos*:

1. Que la sentencia sea recurrida en suplicación (si es de un Juzgado) o en casación (si es de una Sala de lo Social).
2. Que la sentencia no sea susceptible de ejecución definitiva por haber ganado firmeza, con lo cual la interposición de un recurso de audiencia al demandado rebelde, de revisión o de amparo, impiden la ejecución provisional ya que presuponen la existencia de una sentencia firme.

Por tanto existe un momento preclusivo para solicitar el anticipo y que es hasta que la sentencia devenga firme, con lo que es aconsejable que el juzgado antes de acordar la ejecución provisional solicite de la Sala certificación del estado en el que se encuentra el recurso.

3. Entiendo que aunque el Art. 291.1º no distingue entre recurso del trabajador y del empresario, el anticipo se debe de aplicar ante recurso del empresario ya que si el recurso lo interpone el trabajador por no haberse estimado íntegramente su demanda (reclama 100 y se concede sólo 50) siempre cabrá la ejecución parcial de la sentencia respecto al pronunciamiento no impugnado de 50; por otro lado el demandante sale más beneficiado con la aplicación del Art. 240 ya que podrá obtener las 50, en cambio si elige el anticipo sólo podrá conseguir 25; por otro lado hay que decir que los Arts 291 y 292 de la L.RJS. parece que prevén sólo el recurso del empresario al contemplar nada más la confirmación y la revocación de la sentencia pero, sólo en este último caso con saldo deudor del trabajador, cosa imposible con recurso exclusivo del empleado por el principio de la *reformatio in peius*.

La legitimación para pedir la ejecución sólo corresponde al trabajador o beneficiario de la prestación de S. Social y a los sucesores *morti, causa que* unos y otros pero nunca a otros posibles demandantes del proceso laboral como empresarios, organismos públicos, Sindicatos (actuando no como representantes del afiliado).

C. Límites cuantitativos

El Art. 289.2º LRJS establece un límite ya tradicional y que es el máximo del 50% de la condena, en concordancia con la Disposición Adicional 4º del E. T. que ya lo preveía para los anticipos establecidos en la Ley de 10 de noviembre de 1942.

El Art. 289.3 LRJS establece, además del anterior, un nuevo límite al señalar que la cantidad no podrá exceder anualmente del doble del S.M.I. incluida la parte proporcional de las pagas extras vigente durante su devengo. Algunos autores entienden que este segundo límite sólo es aplicable a los supuestos de entrega periódica del anticipo (por ejemplo: mensualmente desde la solicitud hasta la sentencia definitiva).

La tortuosa redacción del precepto, ocasionará difíciles problemas en la práctica, aunque debo decir que si el legislador hubiese querido establecer otro límite adicional podría haber expresado más fácilmente que la cantidad anticipada no podrá exceder campoco en ningún caso del importe del duplo del S.M.I. con prorratas, calculado de forma anual.

Me inclino por entender que se trata de dos límites acumulativos, debiendo funcionar los dos, es decir el anticipo no puede ser superior al duplo del S.M.I. con prorratas anual, pero tampoco debe ser mayor del 50% de la condena, y de la misma forma aunque lo solicitado sea la mitad de la condena sólo se podrá anticipar una cantidad equivalente al duplo del S.M.I. anual.

El el 50% será el primer límite y el duplo del S.M.I. anual será el segundo límite. En el supuesto de condenas dinerarias importantes donde surge el problema.

Algunos entienden que el segundo límite sólo juega si el anticipo se pide por entregas periódicas.

Se debe de recapacitar sobre esta opinión ya que a medida que aumenta la condena se incrementa el desfase entre el 50% de la misma y el duplo del S.M.I. que siempre será el mismo; por eso entiendo que los límites se deben aplicar acumuladamente en el sentido de que si la mitad de la condena excede el duplo del S.M.I. anual sólo se abonará esta última cantidad. De igual forma si el 50% de la condena es inferior al duplo del S.M.I. anual se abonará la mitad de la condena.

El seguir esta teoría es más acorde con la antigua concepción del anticipo que preveía sólo el límite del 50% de la condena, si bien y para evitar los posibles déficits presupuestarios en supuestos de condenas importantes, sin consignarse en el Juzgado por cualquier motivo, se pensó en este segundo límite inspirado en el sentido salarial de satisfacción de las necesidades más inmediatas del trabajador y su familia.

Por los motivos antes indicados, si el trabajador opta porque el anticipo se le abone con entregas periódicas la entrega anual no podrá exceder del duplo del S.M.I. en ese período, pero tampoco de la mitad de la condena.

Extracción del anticipo

La norma del Art. 290 LRJS distingue dos supuestos:

- Condena consignada en la cuenta del Juzgado: Solicitado el anticipo se dictará auto accediendo a no a su concesión y fijando su cuantía, dicha resolución sólo podrá ser recurrida en reposición si es de un Juzgado o en súplica si es de una Sala (Art. 304.3 LRJS)

En estos casos el órgano judicial dispondrá pagar el anticipo al demandante con cargo a la consignación efectuada para recurrir, librando el oportuno mandamiento de devolución (Art. 290.2°).

- Condena no consignada en la cuenta del Juzgado, por no ser preceptiva la consignación, por disfrutar el recurrente del beneficio de justicia gratuita, o ser el condenado un organismo público (Art. 228.3° de la LRJS.). El órgano judicial dictará auto y en el caso de que acceda al anticipo, dirigirá el oportuno oficio al «organismo gestor que será el que abonará el anticipo y le remitirá copia testimoniada de la sentencia y del auto en el que se acuerda el abono del anticipo con certificación de firmeza de esta última resolución, requiriéndole para que en el plazo de 10 días efectúe el abono al trabajador. (art.290.3).

No indica el precepto quién es el organismo gestor, si bien la Disposición Adicional 4ª de la LRJS. prevé que se pueda encomendar al FOGASA la gestión de las partidas presupuestarias destinadas a abonar los anticipos. En este punto ocurre como con el depósito y la peritación ya que al día de hoy el

Fondo no ha asumido estas funciones.

En la práctica el organismo sucesor del extinto Fondo de Anticipos Reintegrables, es una Subdirección de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia encargada del abono de las indemnizaciones y anticipos.

- Puede ocurrir un tercer supuesto no contemplado en la norma y es el caso en que no haya consignación de la condena, pero se haya constituido un aval por la condenada para recurrir. En estos casos creo conveniente conceder a la empresa un plazo prudente para que pueda consignar en metálico la cantidad solicitada como anticipo, liberando en este caso parcialmente el aval por la cantidad anticipada; en el caso de que transcurrido dicho plazo la empresa no haya efectuado lo anterior se procederá por el Juzgado a la realización parcial del aval; por la cuantía del anticipo, entregando dicha suma al demandante.

E. Situación tras la sentencia resolutoria del recurso

Se distinguen dos situaciones según haya lugar o no a la devolución del anticipo y posible posterior ejecución. En todo caso para la devolución se deberá exigir una sentencia firme. Lo que no ocurrirá si frente a la sentencia de la Sala se interpone un recurso de Casación ordinario o un recurso de Casación para la unificación de doctrina si el anticipo lo concedió en este último caso el Juzgado.

- Si se confirma la sentencia se debe distinguir según anticipase el empresario o el Estado.

Si el anticipo se hizo con cargo a la consignación, el trabajador consolidará lo percibido y se le deberá entregar el resto con cargo a la misma consignación (Art. 289.1°). Por ello el Art. 204 LRJS, prevé que se pierdan las consignaciones efectuadas y se mantenga el aval constituido hasta que el condenado pague el resto y si no lo hace se realice dicho aval.

Si anticipó el Estado por no haber consignación, el trabajador reclamará al empresario el resto y el Estado al haber anticipado una cantidad que debió abonar el empresario podrá reclamar a éste lo anticipado, subrogándose en los derechos del trabajador frente al empresario (Art. 289.2°).

Si el empresario no abona al trabajador ni al Estado, ambos podrán instar la ejecución frente al empresario, pudiéndose acumular las ejecuciones (Art. 36.1° L.RJS.).

- Si se revoca o anula la sentencia dictada sólo habrá lugar al reintegro si el trabajador, resulta deudor en todo o en parte de la cantidad anticipada (Art. 290.1°) ya que puede ocurrir que aunque se revoque parcialmente la sentencia reconozca al trabajador más que lo anticipado.

El trabajador resultará deudor en todo si la sentencia se revoca totalmente o se dicta una nulidad de actuaciones, en cambio será deudor en parte si se anticipó 50 y tras la sentencia resulta que sólo le corresponde 30.

A su vez se debe distinguir según la forma en que se hizo el anticipo:

- Si se hizo con cargo a la consignación, el empresario reclamará al trabajador lo anticipado y si no paga podrá instar la ejecución.

El Estado además es responsable solidario junto al trabajador de la cantidad anticipada por el empresario (Arts. 289.1° y 290.1.°y 2.°). Normalmente el empresario lo que hará será reclamar la cantidad al Estado (Art. 292.1°).

- Si no hubo consignación, el Estado reclamará la cantidad anticipada al trabajador si la sentencia es revocada íntegramente.

Si es revocada parcialmente el Estado reclamará al empresario el importe de la condena que es lo que debía de haber satisfecho y al trabajador el exceso sobre lo reconocido en sentencia; por ejemplo: sentencia de instancia reconoce 100, el T. Superior: 30; se anticipó por el Estado 50, el Estado reclamará 30 al empresario y 20 al trabajador.

El procedimiento para el reintegro exige una previa solicitud del empresario o del Estado al trabajador; solicitud que si no es cumplida originará la ejecución que vamos a reseñar (Art. 292.2°).

El título ejecutivo en estos casos no será la sentencia de instancia, sino la resolución firme (auto) que acordó la ejecución provisional y la certificación del Secretario del Juzgado o del organismo gestor en el que se fijarán las cantidades abonadas (Art. 293.1°).

Estimo inútil ambas certificaciones ya que los abonos producidos en el Juzgado con cargo a la consignación ya le constan el órgano ejecutor que fue el que pagó (a no ser que se piense que esta ejecución puede ser tramitada por otro Juzgado cosa que no estimo posible), por otro lado la certificación del organismo gestor es relevante si el organismo pagase directamente al trabajador cosa que no ocurre ya que en la práctica transfiere el dinero a la cuenta del Juzgado y éste paga al ejecutante.

A estos efectos es posible la existencia de dos ejecuciones:

- La dirigida por el Estado frente al trabajador en el supuesto de revocación total o parcial de la sentencia si anticipó el Estado o devolvió al empresario lo detrído de la consignación para recurrir.

- La instada por el empresario frente al trabajador si anticipó con cargo a la consignación y resulta el trabajador tras la revocación deudor en todo o en parte. Esta segunda posibilidad será escasa ya que normalmente como dije el empresario reclamará directamente al Estado como responsable solidario.

Entiendo que no es ejecución por obligación de reintegro ex Art. 292 y 293 la que puede derivar de la reclamación del Estado frente al empresario en el caso de haber anticipado el organismo gestor y ver confirmada la sentencia o revocada en parte pero con condena reducida para la empresa; se debe de observar que la ejecución del Art. 292 contempla como ejecutado exclusivamente al trabajador, el empresario no debe reintegrar ya que no percibió nada, sino que su responsabilidad sería en virtud de la ejecución de la sentencia de instancia que le condenó a una cantidad que no abonó sino que la pagó el Estado por lo que se subroga en los derechos del trabajador frente al empresario.

Por tanto se debe distinguir dos supuestos:

1. Ejecución de la obligación de reintegro: Art. 292, ejecutante: Estado, ejecutado: trabajador. Título ejecutivo: auto de ejecución provisional y certificación de cantidades, complementado aunque no lo diga la Ley con la sentencia que resuelve el recurso.

2. Ejecución por la cantidad anticipada por el Estado y que hubiese correspondido abonar al empresario. Ejecutante: Estado, ejecutado: empresario. Título de ejecución: sentencia de instancia; aquí el Estado se subroga en los derechos del trabajador por la cantidad abonada, pudiendo concurrir como ejecutante acumulado con el trabajador por la cantidad pendiente.

En la ejecución frente al trabajador por la obligación de reintegro se da un cambio de posiciones en la figura del ejecutante trabajador y que de una forma singular, si dejamos fuera el supuesto del lanzamiento de la vivienda que disfrutaba por el contrato de trabajo, pasa a ocupar la situación de ejecutado soportando el apremio. Esta singularidad de la figura del ejecutado trabajador hizo que la L.P.L. de 1980 posibilitara el aplazamiento de la obligación de reintegro e incluso la declaración de saldo fallido en los supuestos de paro forzoso, enfermedad del trabajador, causa especial que impidiera la realización y muerte o incapacidad permanente del trabajador.

La actual Ley en su Art. 293.2º con mejor criterio que la anterior, no exige que el trabajador se encuentre en situaciones tan angustiosas como el paro, enfermedad o invalidez, para suspender la ejecución ya que en el caso de que la realización forzosa inmediata (lo que presupone que cabe el embargo de los bienes del trabajador pero no la subasta) pudiese causar perjuicio grave al trabajador el Juez podrá conceder un aplazamiento, por tanto no cabe declarar el saldo fallido, hasta por un año de la obligación de pago (¿se presume que en un año un trabajador va a venir a mejor fortuna?) adoptando las medidas de aseguramiento oportunas para garantizar la efectividad de la ejecución.

Ramón Ruiz Jimenez, acertadamente señala que el aseguramiento pudiese ser el ofrecimiento por parte del trabajador de un aval o de un compromiso de la empresa de entrega de las cantidades a que se refiere el Art. 1.451 de la L.E.C.

Añadir por último que en el caso de que el trabajador se encuentre en paro, de no accederse al aplazamiento, las prestaciones de desempleo podrían ser objeto de embargo de conformidad con la escala del Art. 1.451 de la L.E.C.

2. SENTENCIAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

El Capítulo II del Título II del Libro IV de la L.P.L. regula la segunda clase de ejecución provisional bajo la denominación de «De las sentencias condenatorias en materia de Seguridad Social», contemplando tres supuestos completamente diferentes en su funcionamiento como son las prestaciones periódicas de Seguridad Social en íntima conexión con la admisibilidad del recurso frente a las sentencias que las reconocen, y la «consignación» de dicha condena; las prestaciones a tanto alzado relacionadas con el sistema del

anticipo reintegrable y por último las obligaciones de hacer o no hacer en materia de Seguridad Social.

La diferente naturaleza del contenido de la obligación establecida en el fallo hace que la ejecución provisional de las sentencias reconocedoras de prestaciones temporales o vitalicias sea contemplada como un derecho absoluto, en cambio el supuesto de la prestación a tanto alzado es configurada como un derecho relativo y por tanto condicionado a un posible reintegro, constituyendo la relatividad de la ejecución de las obligaciones de hacer de Seguridad Social en el arbitrio judicial que concede el legislador para acceder o no a la ejecución provisional.

La regulación de la ejecución provisional en esta materia ha mejorado en parte la redacción del antiguo Art. 229 de la L.P.L. de 1980 al incluir a los subsidios e indemnizaciones de Seguridad Social, si bien la actual L.P.L. adolece de omisiones en lo referente a la situación de la consignación efectuada para recurrir tras la resolución del recurso, que era regulada de forma más amplia en la anterior norma.

A. Sentencias estimatorias de prestaciones de pago periódico

El Art. 294.1º de la L.RJS. permite al beneficiado por una sentencia que le reconoce una prestación de pago periódico de Seguridad Social, percibir el pago de dicha prestación con independencia del recurso que se haya interpuesto frente a ella.

Más que ante un supuesto de ejecución provisional de la sentencia que exigiría una petición expresa del beneficiario de una sentencia, estamos ante una ejecutividad inmediata de la sentencia que funciona de forma automática por imperativo de lo dispuesto en los Arts. 294.1º y 192.2º y 4º de la LRJS, mediante la cual se busca la protección del beneficiado por la sentencia, dada la naturaleza de la prestación (destinada a satisfacer las necesidades inmediatas del demandante y su familia, al igual que el salario).

Dicha ejecutividad inmediata de la sentencia se consigue mediante otro instituto ligado íntimamente a la ejecución provisional y que es la consignación del capital coste de la prestación o la certificación de la Entidad Gestora del abono de ésta y que es presupuesto y requisito de admisibilidad del Recurso frente a la sentencia.

El abono de la prestación durante la tramitación del recurso se debe de producir tanto si el recurso lo interpuso el condenado a su pago, como si lo hizo otro demandado no condenado (aunque el Art. 192.1 liga exclusivamente al recurso del condenado al pago, el Art. 294 no distingue ni especifica que el recurso lo deba interponer el condenado al abono de la prestación); por idéntica razón el Art. 294 se debe de aplicar también en el caso de recurso del demandante al que el fallo reconoce una prestación de Seguridad Social distinta de la solicitada o en cuantía distinta a la postulada.

En estos dos casos la situación es singular ya que al no recurrir el condenado al pago no dispondremos de una consignación del capital coste de la prestación, ni de un certificado de la Entidad Gestora de abono de la pensión o subsidio en fase de recurso, con lo que ante el silencio de la Ley, la solución a adoptar en casi todos los casos será la aplicación del Arr. 288 LRJS para que por la Tesorería se calcule el capital coste de la prestación si el condenado es una Mutua o empresa y lo consigne en dicha Tesorería y en otro caso requerir directamente a la Entidad Gestora si ella es la condenada para que abone al demandante la prestación.

El pago se deberá producir mientras dure la tramitación del recurso en ambos casos.

La ejecución provisional exige unos presupuestos para su aplicación y que son los siguientes:

1. La legitimación activa para solicitar la ejecución provisional corresponde a los demandantes beneficiarios de la prestación y a sus causahabientes a los que *mortis causa* se les haya podido transmitir dicha prestación.

2. Se debe de gozar de una sentencia que reconozca el derecho a una prestación periódica, por tanto de una sentencia favorable en todo o en parte al demandante. Si se reclamaba una incapacidad absoluta y la sentencia reconoce sólo una total, el abono durante el recurso se producirá sólo por la invalidez total.

3. La ejecución provisional exige que la sentencia no sea firme por la interposición del recurso, incluido el de casación para unificación de doctrina en este punto es necesario distinguir dos situaciones:

- Sentencia del Juzgado estimatoria del reconocimiento de la prestación, que es confirmada por el Tribunal Superior y frente a ésta última se interpone recurso de casación para unificación de doctrina. En este caso se prolonga la ejecución provisional decretada por el Juzgado y el consiguiente abono de la prestación hasta que se dicte sentencia por el Tribunal Supremo.

Entiendo que el que debe tramitar la ejecución provisional es en cualquier caso y durante todo el período el Juzgado de instancia ya que es suya la sentencia que se ejecuta.

- Sentencia del Juzgado desestimatoria de la demanda, que por tanto *no reconoce prestación alguna, se interpone recurso de suplicación por el Trabajador; en principio no se da por tanto ejecución provisional; el Tribunal Superior dicta sentencia revocando la del Juzgado y concediendo la prestación, recurriendo dicha resolución el condenado al pago en Casación para la unificación de doctrina.*

- Este recurso de casación exigirá la consignación del capital coste o la presentación del oportuno certificado en la Sala de lo Social del Tribunal Superior (Art. 221LRJS). La ejecución provisional se podrá dar a partir de la sentencia de dicha Sala ¿quién llevará la ejecución, el Juzgado o la Sala?, entiendo que la Sala ya que ella ha dictado la sentencia que reconoce la prestación, además de controlar el estado de las actuaciones (es ella la que, tiene los autos) y la suficiencia de la consignación o del certificado.

Es criticable que el legislador haya regulado más minuciosamente el presupuesto procesal de la competencia para despachar la ejecución provisional en estos supuestos.

Por lo que respecta al abono de la prestación durante el recurso es preciso distinguir dos situaciones diferentes:

Si el condenado es una Entidad Gestora (INSS o INEM), para que su recurso haya sido admitido por el Juzgado debió presentar en el momento del anuncio, certificación acreditativa de que comienza el abono de la prestación y que lo proseguirá puntualmente durante la tramitación del Recurso (Arts. 192.4 y 221.3 de la L.RJS.).

- Si el condenado es una Mutua Patronal o una empresa, habrá sido necesario el ingresar en la Tesorería el capital-coste de la prestación con el objeto de abonar al beneficiario la pensión o subsidio durante la tramitación del Recurso (Art. 192.2° y 3° y 221.3° de la L.RJS.).

Así cobra sentido la relación apuntada anteriormente entre la ejecución provisional y la admisibilidad del recurso condicionada al abono de la prestación previamente consignada o garantizada con la certificación de la Entidad Gestora. Una mayor comprensión de la ejecución provisional obliga a distinguir dos situaciones.

a) *Situación durante el recurso*

Duante la tramitación del recurso y hasta la sentencia del Tribunal el beneficiario debe percibir la prestación. Los problemas pueden surgir en lo referente a la cuantía o la fecha desde la cual se debe producir el pago.

La Tesorería ha de empezar el pago desde el momento de la sentencia; puede ocurrir que la sentencia se dicte con carácter retroactivo, es decir con efectos anteriores, por ejemplo desde la fecha de la presentación de la demanda, o desde la fecha de informe propuesta, pero en estos casos la doctrina ha sido unánime al decir que el pago procede desde la fecha de la sentencia ya que la propia finalidad de la ejecución provisional busca que la tramitación del recurso no signifique la suspensión de la percepción de subsidios y cantidades que se consideren necesarios para la subsistencia, por ello es el período que comprende la sustanciación del recurso el que es objeto de ejecución. (Sentencias del T. Central de 13-5- y 17-5 de 1985 (R.A. 3.126 y 3.219).

La provisionalidad en la percepción de la prestación también se traduce en la imposibilidad de que durante la ejecución provisional se abonen las mejoras y revalorizaciones de la pensión; así lo entendió el Tribunal Central en sentencia de 7 de abril de 1988 que señaló que "No se puede aplicar retroactividad en la transitoria percepción de las prestaciones que deberá aplicarse desde la sentencia dictada, ni aplicación de revalorización de pensiones que se generan *ope legis*, o sea *dei officio* por el INSS, pero siempre y cuando concurra en el postulante la condición de pensionista que se produce cuando la invalidez declarada en instancia se consolida en resolución definitiva".

Por otro lado habrá que tener en cuenta que el abono de la prestación durante el recurso lo será "hasta el límite de responsabilidad" del condenado lo que a los efectos de las Mutuas Patronales es trascendente ya que en virtud del reaseguro obligatorio con la Tesorería, la Mutua sólo abonará normalmente el 70% de la prestación, que puede alcanzar en virtud de reaseguro facultativo hasta el 50% de la prestación (Art. 213.4º de la L.G.S.S. y O.M. de 27-1-81); el 30% restante (reaseguro obligatorio) será a cargo exclusivo de la Tesorería lo que es importante a efectos del cálculo del capital coste de la prestación.

Además el abono directo durante la tramitación del recurso queda limitado a las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social; el Tribunal Central en sentencia de 29-9-87 vino a señalar que el patrimonio de las entidades que administran las situaciones protectoras del extinto Mutualismo Laboral no puede ser objeto de una ejecución provisional que como queda dicho, se circunscribe a los casos en que el principio de suficiencia del régimen público de Seguridad Social impone inaplazadamente el acceso a una forma cualificada de tutela. Pueden surgir problemas derivados de la insuficiencia del abono provisional de la prestación, normalmente derivados de incumplimientos por parte de la Entidad Gestora de la certificación presentada (se certifica el compromiso de abono pero después no se paga o se hace en distinta cuantía o tardíamente). En estos casos la consecuencia es terminante ya que según el *Art. 192.4.* se debe poner fin al trámite del recurso.

Estimo que debe ser el trámite incidental del Art. 238LRJS, el cauce adecuado para discutir las peticiones que en dicho sentido pueda efectuar el ejecutante, resolviéndose con el oportuno auto motivado; pero pueden surgir dificultades si los retrasos o impagos se producen después de elevados los autos a la Sala de lo Social, surgiendo en este caso las dudas antes planteadas sobre la competencia del Juzgado o Sala para dictar el oportuno auto que ponga fin al trámite del recurso.

Puede ocurrir que se produzca una tardanza en el abono de la prestación durante el recurso si es necesario que previamente se capitalice por la Tesorería el importe de la prestación; una vez producido dicho cálculo y consignado su importe en la Tesorería la duda radica en si con el primer pago se deben abonar los atrasos de las mensualidades deveriguadas desde la sentencia o hay que esperar a la firmeza para exigir las Art. 294.2 de la L.RJS.

Si el abono sólo se produce una vez consignado por la empresas o por la Mutua el capital coste y sólo por la mensualidad en curso sin atrasos, se produce una diferencia de protección en favor del trabajador que tiene sus riesgos profesionales asegurados con el INSS ya que percibirá la prestación provisional con mayor prontitud que el trabajador asegurado en una Mutua.

Novedad importante es la extensión de la ejecución provisional a los subsidios de Seguridad Social.

La anterior normativa limitaba el abono durante la tramitación del recurso a las pensiones (prestaciones de pago periódico vitalicias inicialmente) pero no a los

subsidios (prestaciones temporales, por ejemplo: subsidio de la IT.); el actual Art. 292 engloba con una redacción más amplia "todas las prestaciones de pago periódico de Seguridad Social" incluyendo por tanto las pensiones, como los subsidios; en idéntico sentido el Art. 219.3.9 habla expresamente de «pensiones y subsidios» como objeto de ingreso de certificación.

Los supuestos prácticos de abono de prestaciones temporales serán el subsidio por incapacidad temporal, y las prestaciones por desempleo. En estos casos la sentencia estimatoria si es recurrida obligara al condenado a consignar el importe del subsidio correspondiente a las mensualidades ya vencidas así como la obligación de abonar durante la tramitación del recurso los correspondientes a los periodos que se vayan devengando si es una Mutua o empresa condenada, pero sin necesidad de consignarlos. Si la condenada es una Entidad Gestora (INSS o INEM) deberá a mi juicio y ante el silencio de la Ley, presentar una certificación de compromiso de abono inmediato de los periodos vencidos y de abono de los que vayan venciendo.

Hay que recordar que la Tesorería no capitaliza las prestaciones de duración temporal como las que he hecho referencia.

Situación tras la sentencia resolutoria del recurso

Se deben distinguir varias situaciones posibles:

a) Revocación parcial de la sentencia de instancia: El supuesto no viene contemplado en la L.RJS. La antigua Ley si lo preveía en el Art. 229 párrafo 3 que señalaba que si el recurso prosperaba «en parte» se debía devolver la parte sobrante, lo que significaba que el exceso sobre, la prestación reconocida en la sentencia de instancia se debía devolver por la Tesorería a la Mutua o Empresa que consiguió el Capital Coste y el resto se destinaba a pagar la prestación al beneficiario reconocida por el Tribunal Superior; para esta devolución se precisaba un nuevo cálculo del capital coste de la prestación reconocida ya con carácter definitivo.

b) Revocación total de la sentencia de instancia. Tampoco la L.RJS regula con minuciosidad este caso. La normativa anterior establecía que si el Recurso prosperaba «en todo» se devolvería el capital ingresado a la Mútua o empresa: Al distinguir se entendía que se debía devolver toda la cuantía consignada con anterioridad, con lo que los riesgos de la revocación y el abono provisional repercutían finalmente en la Tesorería.

En ambos casos (revocación total y parcial) el beneficiario no está obligado a reintegrar las Cántidades percibidas durante la ejecución provisional (Art. 294.2º); la normativa anterior no contenía esta previsión lo que originó reclamaciones frente al beneficiario en exigencia de devolución de lo «indebidamente percibido» o descuentos en las pensiones futuras que tras la sentencia resolutoria del recurso se veían reducidas ante estas situaciones" el Tribunal Central en sentencias de 29 de septiembre de 1973 y 14 de marzo y 3 de diciembre de 1975 señaló que si existe revocación de la sentencia de instancia, la nueva situación y sus consecuencias surgen «ex nunc» para el

interesado, sin efecto retroactivo, además de que si se acude a la noción de «cobro de lo indebido» consignada en el Art. 1.895 del C. Civil, sólo se da la obligación de restituir cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar» situación que no concurría en los demandantes, que recibieron las prestaciones en virtud del derecho reconocido por la Ley y sólo limitado en el tiempo «durante la sustanciación del recurso».

Además el beneficiario puede exigir las prestaciones devengadas desde la sentencia de instancia hasta la fecha de la sentencia de la Sala o hasta la firmeza de la sentencia del Juzgado (si así termina su tramitación del Recurso, por ejemplo: por desistimiento) que todavía no hubiese percibido. En este caso se da una situación singular ya que una persona sin derecho a prestación puede reclamar a la Tesorería prestaciones no abonadas.

Reparase que la solución aquí dada (no obligación de reintegro y posibilidad de reclamar lo no abonado) es similar a la contemplada en la ejecución provisional de los despidos del Art. 298.

c) Confirmación íntegra de la sentencia de instancia. Aunque no lo indica la Ley, lo que se producirá será que el capital consignado en su momento debe quedar constituido definitivamente para proseguir con el abono de la prestación al beneficiario.

Si no se prosigue el abono o se discute la cuantía dichas pretensiones se deben hacer valer mediante la ejecución definitiva.

Al igual que en el caso anterior, también se puede exigir lo no abonado durante la ejecución provisional. Es también el momento para exigir los atrasos de la pensión producidos desde el hecho causante hasta la fecha de la sentencia, así como el abono de los incrementos y revalorizaciones al haber adquirido el demandante definitivamente la cualidad de *pensionista*.

La antigua Ley en su Art. 229 *in fine* posibilita rectificar cualquier error de cálculo por inexactitud de los ofrecidos, ya sea a favor, ya sea en contra del beneficiario. Esta rectificación se consideraba una *reformatio in peius* al tratarse simplemente de operaciones matemáticas, pero partiendo de los mismos supuestos fácticos y jurídicos (ahora estos supuestos podrían tener encaje en el Art. 145.2º de la L.P.L.).

Señalar por último, que la LRJS no contempla el supuesto) de recurso del demandante si la sentencia del Juzgado le reconoce una prestación menos que la solicitada, pero como dije antes el Art. 294.1 no distingue quién ha interpuesto el recurso, con lo que la ejecutividad inmediata de la sentencia se impone por lo que respecta a la prestación reconocida.

Si se estima el recurso y se reconoce una prestación mayor el obligado deberá ingresar en la Tesorería el capital complementario (si es una empresa o Mutua) o la Entidad Gestora abonar esa mayor prestación. En ambos casos se deberá pagar al beneficiario las diferencias devengadas por ese exceso durante la ejecución provisional.

B. Supuesto peculiar: Ejecución provisional en perjuicio del beneficiario.

Las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la S. Social no pueden revisar por sí mismos sus actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios; en estos casos lo procedente es dirigir la demanda frente al beneficiario del acto (Art. 146.1 de la L.RJS.).

En este caso si la sentencia del Juzgado estima la petición por ejemplo de revisión del grado de la invalidez y es recurrida por el beneficiario, a pesar de que no es firme. El beneficiario verá desde ya reducida o extinguida su prestación, ya que la sentencia que declara la revisión del acto impugnado es inmediatamente ejecutiva {Art. 146.4 de la L.P.L.).

En la práctica no se planteará ejecución provisional alguna ya que el INSS, tras la sentencia, actuará de oficio, si bien puede haber demanda del beneficiario de la prestación denegada o reducida (a mi juicio inútil) si está disconforme con la anulación o reducción de la prestación.

D. Sentencia condenatoria a prestación a tanto alzado

Las prestaciones de la S. Social de *pago único* son satisfechas en ejecución provisional, mediante su pago periódico, ya que por definición son cantidades líquidas, sino mediante el mecanismo ya estudiado del anticipo reintegrable.

El ámbito de aplicación del Art. 295 queda limitado por tanto a las sentencias que reconocen al trabajador una indemnización a tanto alzado por una lesión permanente no invalidante. una incapacidad permanente parcial o una indemnización por accidente de trabajo con resultado de muerte como prestación adicional a la pensión de viudedad u orfandad; así como las cantidades que como mejora voluntaria de la protección de Seguridad Social se puedan pactar en convenio colectivo o contrato de trabajo a cargo de la empresa o Cía de Seguros.

La extensión del anticipo reintegrable a estas prestaciones corrigió el tradicional inconveniente de no admisión de la ejecución provisional en estos casos por no tratarse de prestaciones de pago periódico. Si el condenado a la indemnización es una empresa o Mutua el anticipo se extrae con cargo a la consignación efectuada para recurrir. Si la condenada fue una Entidad Gestora el anticipo correrá a cargo del organismo gestor.

E. Sentencias condenatorias a obligaciones de hacer o no hacer en materia de Seguridad Social

En la normativa anterior a la actual LRJS. la ejecución provisional en materia de Seguridad Social quedaba limitada al pago de pensiones vitalicias, con lo que surgían serias dudas si cabía la aplicación supletoria de la L.E.C. para admitir en otros supuestos de Seguridad Social la ejecución provisional en la forma prevista en el Art. 385 de la L.E.C., aunque se admitiese la aplicación de la L.E.C., ello nos conducía a otro problema que era la exigencia de fianza al demandante que mal casaba con la situación económicamente débil del

trabajador o pensionista y con la tradicional finalidad tuitiva y compensadora de desigualdades el ordenamiento material y procesal laboral.

Estos inconvenientes han sido salvados con el actual Art. 294 de la LRJS. que permite la ejecución provisional sin exigencia de fianza de las obligaciones de hacer o no hacer de Seguridad Social reconocidas en sentencia.

Se debe de entender que el precepto es de aplicación a las prestaciones técnicas en contraposición a las prestaciones económicas (pensiones, subsidios, indemnizaciones). Quedarían englobadas por tanto la asistencia sanitaria y médica, el tratamiento quirúrgico, el suministro de medicamentos y los tratamientos de rehabilitación y recuperación.

Se debe entender extensible la posibilidad de ejecución provisional a las sentencias dictadas con ocasión de actos y resoluciones dictados por el INSS o la Tesorería de la S. Social que no sean meramente de gestión recaudatoria (excluidos por tanto de la competencia del orden jurisdiccional social por el Art. 3 b) de la L.P.L.). Los supuestos podrían ser los referentes a inscripción de empresas, afiliación de trabajadores a un concreto Régimen, altas, bajas y variaciones en el encuadramiento de los trabajadores en el Sistema de Seguridad Social etc...

Ante la escasa previsión del Art. 296, los módulos que debería tener en cuenta el Juzgado para acceder o no a la ejecución provisional deberían ser la naturaleza de la obligación reconocida en la sentencia y el evitar la producción de perjuicios irreparables, que en algún caso se pudiesen producir por diferencias en la cotización.

El Art. 296 no contempla la ejecución provisional como un derecho absoluto, sino que depende su concesión del criterio judicial que debidamente razonado se adopte al respecto, si bien una vez solicitada la ejecución provisional no se deberá exigir la constitución de fianza, con lo que habrá que medir prudentemente el que no se produzcan perjuicios de imposible o difícil reparación en caso de revocación de la sentencia de instancia.

3 SENTENCIAS DE DESPIDO

A Fundamento de la ejecución provisional

Hemos indicado en otras ocasiones la naturaleza del salario como retribución básica destinado a satisfacer las necesidades más básicas e inmediatas del trabajador en su familia; este carácter perentorio del salario y su similitud con las prestaciones de Seguridad Social explica e inspira la regulación de la *ejecución* provisional, que es asimilada en muchos aspectos a la ejecución antes vista en materia de Seguridad Social.

En esta materia hay que hacer una previa reflexión, en la sentencia de despido, en buena técnica jurídica lo que la ejecución provisional debiera perseguir tendría que ser el anticipar el cumplimiento de la obligación establecida en la sentencia, con lo que habría que distinguir los pronunciamientos de condena de la sentencia y así si la sentencia condena a la readmisión la ejecución

provisional debería *consistir* en la readmisión inmediata del trabajador desde ya y con abono de los salarios que se vayan produciendo, en cambio si el pronunciamiento condenatorio es el pago de una *indemnización* el anticipo debiera ser la entrega de dicha suma. La normativa anterior, en cambio parecía que olvidaba esta distinción y unificaba el régimen de la ejecución provisional, evitando que con el recurso frente a la sentencia se retrase la readmisión (aunque esta no proceda) y el abono de salarios.

Marín Correa, correctamente a mi juicio, se plantea la legalidad de la ejecución provisional consistente en prestación de servicios y pago de salarios cuando la readmisión no es procedente por haber optado la empresa por la no continuidad de la relación laboral en el despido improcedente.

La regulación de la antigua L.P.L era confusa y contradictoria, y ocasionaba en la práctica, un freno casi insuperable para que pudiese recurrir el empresario una Sentencia de despido. El Texto articulado de la Ley anterior permitía la ejecución provisional ante un recurso del empresario tanto el despido fuese calificado de nulo como de improcedente y en este caso tanto con opción por la readmisión, como por la indemnización. En cambio si el recurso lo interponía el trabajador sólo cabía cuando el despido era (nulo radical) y cuando era improcedente con opción por la readmisión. Inexplicablemente la L.P.L parecía inadmitir la ejecución provisional cuando el despido era nulo.

La LRJS ha unificado la regulación sin distinguir entre Recurso del empresario y del trabajador y permitiendo sólo la *ejecución* provisional cuando la condena anticipada consiste en una readmisión, esto es en el caso de despido nulo y de improcedente con opción por la readmisión.

En la práctica por el poco *juego* de la nulidad y por la posibilidad de la opción por la indemnización, no se dará apenas la ejecución provisional de una Sentencia de despido.

La ejecución provisional es una Institución controvertida debido a la incertidumbre de la situación litigiosa derivada de la no firmeza de la sentencia y la posibilidad de su revocación por el Tribunal *ad quem*, no obstante en los despidos los riesgos son compensados con la utilización de los servicios del trabajador con lo que en este aspecto, la ejecución provisional es más justa y segura que en las otras modalidades.

La esencia de la ejecución provisional consiste en el abono de salarios por la empresa y la prestación de servicios por parte del trabajador y en la prevalencia del interés del trabajador sobre la seguridad jurídica. No obstante, esta continuidad de la relación laboral puede ser de difícil realización práctica cuando el despido ha roto la necesaria confianza de las partes y la convivencia laboral pacífica lo que conlleva a que el legislador permita a la empresa el exclusivo abono de salarios sin recibir la contraprestación de servicios del trabajador.

Los Arts. 297 al 302 de la L.RJS. regulan un auténtico proceso especial de ejecución provisional, que no se ciñe en muchos casos a los pronunciamientos

y consecuencias de la sentencia de instancia, debido todo ello a que la ejecución provisional se desenvuelve con plena autonomía del proceso principal, como en ocasiones ha reiterado el Tribunal Central (Sentencias de 25-5-84, 19-4-88, 19-1-89 Y 19-4-89).

Esta autonomía de la fase provisional ha sido apuntada en la sentencia del T. Supremo de 4-5-90 que a su vez señala los fines de dicha ejecución:

“La ejecución provisional no es fase procesal de obligada tramitación, sino que es preciso que ja pida la parte. Y la mejor prueba de que esto es así es que no es infrecuente que no se inste la ejecución provisional por el trabajador”.

Es *el* trabajador el que se ve privado del salario que venía percibiendo al despedirle el empresario y que, en principio se ha declarado que tal decisión empresarial es antijurídica por lo que se estará a la espera de que el Tribunal ad quem decida sobre la resolución que se recurre, y mientras tanto, el trabajador no puede verse perjudicado por la dilación del trámite del recurso e inste ante el órgano para que le sigan pagando los salarios, con prestación o sin prestación de servicios. «Y sólo en el caso de que el trabajador rechazara la reincorporación ofrecida durante el trámite del recurso quedaría privado de los salarios a que se refiere la sentencia cuya ejecución provisional se insta».

B Supuestos de admisión de la ejecución provisional

Para que entre en juego el Art. 297LRJS es necesario que se de una sentencia favorable al productor, un despido improcedente o nulo y un recurso articulado por el empresario (Sentencia del T. Supremo 7-6-65) o por el trabajador.

En primer lugar es necesario no cualquier sentencia favorable al trabajador sino tal y como señala el Art. 297.1ª una sentencia recaída en un proceso donde se ejercite una acción derivada del despido o de decisión extintiva de las relaciones de trabajo y se haya declarado la nulidad o improcedencia del despido o de la decisión extintiva.

Será de aplicación a los supuestos de extinción por causas tecnológicas o económicas y fuerza mayor (Art. 51 del E. T. y 124 de la LRJS.), a la extinción del contrato por causas objetivas (Art. 52 del E. T.) y por supuesto al despido disciplinario (Art. 54 del E. T.).

Asimismo se dará la ejecución provisional tanto se interponga el recurso de Suplicación frente a la sentencia del Juzgado, como el de casación, o casación para la unificación de doctrina frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior, incluido el que pueda interponer el Ministerio Fiscal.

En cambio el Arc. 297 no es de aplicación a la demanda de extinción del contrato de trabajo interpuesta por el trabajador ex Art. 50 del E. T. y ello por varias razones. En primer lugar la propia Ley de Bases (base 40º. 3) imponía la ejecución provisional sólo en aquellas sentencias que habiendo declarado la nulidad o improcedencia del despido o decisión extintiva hubiesen sido objeto de recurso lo que presupone una demanda del accor acacando un despido o cualquier otra decisión empresarial (extinción por causas objetivas, tecnológicas o económicas) que pone fin al contrato.

Así lo entendió la sentencia del T. Supremo de 3 de junio de 1988 que no accedió a la ejecución provisional de la sentencia ex Art. 50.1º del E. T. señalando que cuando la norma regula el supuesto, cuida en señalar que la sentencia provisionalmente ejecutable sólo es aquella que declara la nulidad o, improcedencia del despido o decisión extintiva y el pronunciamiento propio de la indicada sentencia no es concebible que tenga el expuesto contenido.

Piénsese que en el Art. 50 del E. T. el que pide la extinción del contrato es el trabajador no el empresario y que el fallo sólo estima la demanda y declara la extinción pero no enjuicia ninguna decisión extintiva del empresario ya que ninguna ha adoptado; por otro lado ninguna obligación de readmitir al actor establece la sentencia estimatoria, con lo que esa prestación no puede ser ejecutable ex Art. 297, ni tampoco procede anticipar salario alguno ya que el trabajador está obligado a seguir prestando sus servicios hasta que se dicte la sentencia.

En idéntico sentido se pronunció la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de septiembre de 1989 enjuiciando un supuesto de despido indirecto del Art. 50 del E. T. señalando que "interpuesto recurso, no existen salarios de trámite, únicamente posibles en los supuestos de despido, ni cabe la posibilidad de una opción por la readmisión, fundamento de tales salarios ya que la relación laboral quedó definitivamente rota precisamente por una causa, modificación de condiciones, incumplimientos empresariales, etc. ... que evidencian la imposibilidad de la convivencia laboral pacífica».

La imposibilidad de ejecutar provisionalmente ex Art. 297.1º no debe impedir el que el trabajador obtenga un anticipo de parte de la indemnización consignada para recurrir, así como de la condena salarial que accionó por el impago de salarios y dicha suma fue recogida en la sentencia y consignada.

Un problema se plantea no obstante en estas demandas extintivas y es que al recurrir la sentencia la empresa, dicha resolución no es firme y por tanto la relación laboral sigue viva y por tanto subsistentes las recíprocas obligaciones de trabajar y abonar salarios si bien cualquier pedimento en exigencia de dichas prestaciones durante el recurso, entiendo no pueden ser objeto de ejecución provisional de sentencia ya que ella no recoge pronunciamiento de abono de salarios ni prestación de servicios, sin perjuicio de las oportunas acciones declarativas; piénsese que si la sentencia de la Sala estima el recurso la relación laboral estará viva.

El Tribunal Supremo en sentencia de 3-6-88, (R.A. 5210) tuvo ocasión de pronunciarse entendiendo que el antiguo Art. 227 (actual Art. 295) «no es aplicable a sentencias que, acogiendo la pretensión del trabajador, declaran resuelto el vínculo laboral por incumplimiento contractual del empresario, con condena al abono de la indemnización correspondiente, pues la falta de prestación de servicios durante la sustanciación del recurso sólo podría ser eventualmente ponderada en el supuesto de estimación del recurso de la empresa, correspondiendo a la esfera de decisión del trabajador, la asunción de tal posible riesgo».

Tampoco se aplica la ejecución provisional, cuando lo que se recurre no es una sentencia, sino un auto, por ejemplo el auto extintorio de la relación laboral

(Sentencia del T.C. T. de 24-3-87) y sentencia del T. Supremo de 20-6- 88 (R.A. 6.026).

El fundamento de la ejecución provisional estriba en que aquí es la conducta del empresario la que provoca el alargamiento del procedimiento y la consecuente obligación de abono de salarios, con lo que sobre él han de recaer las consecuencias de dicha actuación; además los posibles peligros de una revocación de la sentencia son compensados con la exigencia de la prestación de servicios.

El argumento se complementa con el impedimento de que con una finalidad dilatoria se oculten bienes durante el recurso o se induzca al trabajador a concluir transacciones perjudiciales a sus derechos.

El anterior aserto es técnicamente perfecto cuando la readmisión es preceptiva (por ser obligatoria en el despido nulo o por haber optado la empresa por la readmisión).

El fundamento de admitir la ejecución provisional en el supuesto de despido improcedente con opción por la readmisión es que si el trabajador es el que alarga el procedimiento con la consecuencia de pago de salarios durante el recurso sólo se produciría la ejecución provisional cuando se ha optado por la readmisión, es decir por una continuidad de la relación laboral y por lo tanto con prestaciones recíprocas del trabajo y salario, pero no cuando el empresario, al que no se le puede imputar la prolongación del proceso, al haberse aquietado a la sentencia, se ha inclinado, optando por la indemnización, en favor de la no continuidad de la relación laboral.

La jurisprudencia anterior a la LRJS. entendía que el antiguo Art. 227 no era de aplicación a los supuestos de despido nulo ya que no se podían consagrar situaciones irreversibles (el haber prestado servicios el trabajador sin haber optado la empresa por readmitirle) que podían ser contradictorias con la sentencia del Tribunal Superior ya que si confirmaba la de instancia; rechazando la petición de nulidad radical, en ejecución de sentencia se podía sustituir la readmisión por la indemnización (antiguo Art. 211 de la L.P.L. de 1980 que establecía el auto extintorio) (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1989. 28 de marzo y 4 de noviembre de 1985 y Sentencias del Tribunal Constitucional de 29 de junio de 1983 y 26 de julio de 1983).

Este argumento, con todos los respetos, no se entendía con la vigencia de la normativa anterior, ya que lo mismo podía ocurrir optando el empresario por la readmisión ya que una vez firme la sentencia, si no se readmitía se dictaba auto extintorio de la relación laboral; ocurriendo lo mismo también en caso de recurso de la empresa.

A mi juicio se hería la sensibilidad de cualquier observador cuando se admitía la ejecución provisional, en caso de opción por la readmisión en despido improcedente y no cuando la readmisión era obligatoria en el despido nulo y más si se tiene en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico el despido nulo tiene una mayor carga de antijuridicidad que el improcedente como lo demuestra la imposibilidad de reclamar salarios de tramitación al Estado y el no poder descontar los percibidos por el trabajador en otro empleo.

Con la Ley anterior no ocurría así y era posible que un despido nulo con obligatoria readmisión acabase en un auto extintorio. Si no se trataba de una nulidad radical, ahora esto ya no es posible.

En cualquier caso el trabajador puede tener interés y gravamen para recurrir el pronunciamiento de nulidad de la sentencia del Juzgado; por ejemplo se impugna un mayor salario, mayor antigüedad, se intenta perseguir una condena solidaria que garantice en mayor medida el cumplimiento de la sentencia. Tras el recurso, en la mayoría de los casos el Tribunal Superior o confirmará el pronunciamiento de nulidad, o lo revocará parcialmente (modificando salario o antigüedad).

Añadir por último un posible uso abusivo o malicioso de la ejecución provisional y del recurso de suplicación por parte del trabajador para alargar el procedimiento y prolongar el devengo de los salarios de tramitación si la empresa opto por la readmisión y recurre el trabajador ya que de esta forma se devengarán siempre salarios, Art. 297.2º, hasta la sentencia de la Sala. Mientras que si no hubiese habido recurso al devenir sentencia firme la relación no se podía haber extinguido antes por el Art. 281 si no se produce la readmisión; entiendo que se deberá examinar si la sentencia del Juzgado estimó íntegramente la demanda (incluido los extremos accesorios de salario, antigüedad y categoría) para ver si existía gravamen para recurrir y así rechazar dicha pretensión abusiva (Art. 75.1º de la L.RJS).

Resaltar que el recurso en este caso alarga tanto los salarios como la indemnización en el caso de que tras la sentencia de la Sala se dicte un auto extintorio de la relación laboral si bien también hay que decir que, la prolongación del proceso se ha producido con una prestación de servicios por parte del trabajador.

C Legitimación

La situación anterior a la L.P.L. de 1980. se caracterizaba por una permanente situación de disposición del trabajador a reincorporarse a supuesto, exigiendo que se presentase en la empresa para prestar sus servicios, pues la opción, para exigir el trabajo o para pagar sin compensación correspondía al empresario (Sentencias del T. Supremo de 8 de noviembre de 1971 y del T.C. T. de 28 de mayo de 1973).

Ello era debido a que el empresario no estaba legitimado para instar la ejecución provisional y sólo la petición del trabajador le ofrecía la oportunidad de ejercitar la elección correspondiente.

Incluso después de la L.P.L. que permitía en su Art. 228 (actual art 230 LRJS) la petición de ejecución por parte de la empresa se mantuvo la anterior doctrina y así la sentencia del T.C.T. de 19 de noviembre de 1982 señaló que «aunque la Ley anterior no obligaba expresamente al trabajador, a presentarse en el lugar de trabajo para reanudar la prestación o dar ocasión a que el empresario opte por el pago sin utilizarla. Lo cierto es que la regulación por el legislador

presupone para su funcionamiento el que efectúe aquella presentación el trabajador que es a quien la Ley concede la facultad del promover un especial procedimiento para hacer efectivo su derecho en relación con el empresario.

En idéntico sentido las sentencias del T.C.T. de 1-12-82 R.A. 6.918 Y 21-5-83 .

No se entiende tal posicionamiento ya que la antigua y la nueva Ley permiten al empresario solicitar la ejecución, al indicar el Art.198 o «solicitud de éste (al empresario) para que aquél {el trabajador} reanude la prestación de servicios» con lo que la empresa no tiene que adoptar una actitud pasiva de espera al trabajador sino que puede exigir la reincorporación del demandante que no por no instar la ejecución o no presentarse a trabajar pierde sin más el derecho a esos salarios y de este modo si el trabajador expectante y sin acudir al trabajo solicita la ejecución provisional más tarde; tiene derecho si así lo estima el Juzgado a los salarios desde la fecha de la sentencia, ya que el empresario pudo instar por sí mismo la ejecución, no siendo el retraso imputable únicamente al trabajador.

Ordeig Fos critica esta conclusión entendiendo que sólo se deben salarios desde que se solicita la ejecución y no le falta razón ya que aunque el empresario solicite la reposición de los servicios, siempre media un tiempo entre que se resuelve su petición y se requiere al trabajador.

D Procedimiento

La solicitud de ejecución provisional se debe de dirigir al Juzgado o Sala; así lo indica expresamente el Art. 297.1º y el Art. 298 de la L.RJS. admitiendo que al menos la solicitud se dirija a la Sala de lo Social y no al Juzgado.

No obstante el silencio de la Leyes total, no especificando en qué supuestos el Tribunal Superior puede ejecutar provisionalmente una sentencia de despido; la posibilidad de que esto suceda se debe a la existencia del recurso de Casación para unificación de doctrina frente a las sentencias de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores resolviendo recursos de suplicación y no al estado en que se encuentre (ante el Juzgado o en la Sala) el recurso de Suplicación.

Para una mayor claridad y ante el silencio legal se deben diferenciar dos supuestos:

- Sentencia del Juzgado recurrida en suplicación que origina una ejecución provisional en el Juzgado y que después es confirmada por la Sala, cuya sentencia es recurrida en Casación para la unificación de doctrina. Lo que se da en este caso es una prolongación de la ejecución provisional comenzada en el Juzgado y que por tanto aunque continúe después de la sentencia de la Sala, será el Juzgado el competente para proseguirla ya que suya es la sentencia que se ejecuta y es él el que dispone de las consignaciones para efectuar los anticipos si la ejecución provisional reviste la extraordinaria modalidad del Art. 301 LRJS

- Sentencia del Juzgado desestimatoria de la demanda de despido, que recurrida en Suplicación origina \$entencia revocatoria y declaración de improcedencia o nulidad del despido que es recurrida en casación por unificación por la empresa, solicitándose por el trabajador la ejecución provisional ante la Sala que será la competente para decretar al haber

constituido ella el título ejecutable y disponer de las consignaciones para recurrir si se utiliza el anticipo reintegrable.

Debo reiterar aquí mis críticas, por la falta de regulación de un tema tan importante como es el presupuesto procesal de la competencia para conocer de la ejecución provisional.

No existe plazo para solicitar la ejecución provisional; la Ley no lo contempla ni lo exige y por tanto cabe en principio en cualquier momento mientras penda el recurso; por lo que es conveniente que el Juzgado si la ejecución se insta tardíamente, previamente adoptar cualquier solución solicite de la Sala información acerca del estado del recurso.

El procedimiento se iniciará con una solicitud del trabajador o del empresario, que obligará al Juzgado a dictar una providencia citando a las partes a una comparecencia ya que el Art. 298 exige oír a las partes. El Texto Refundido no regula el régimen de la comparecencia si bien se debe entender como aplicables analógicamente las reglas de la comparecencia del incidente de no readmisión, con lo que si el ejecutante no comparece injustificadamente se le tendrá por desistido de su solicitud sin perjuicio de poder volver a plantear la petición mientras penda el recurso; si el ejecutado citado en forma no comparece se celebrará el acto sin su presencia (Art. 280 de la L.RJS.).

Existe una especialidad en lo referente a la solicitud de ejecución por parte del empresario, debido a un defecto de redacción del Art. 299 que aparece en clara contradicción con lo dispuesto en el Art. 298. Una cosa es que el empresario pueda requerir directamente al trabajador para que se reincorpore a la empresa y otra distinta es que si no lo hace ello suponga automáticamente sin ningún trámite Judicial la pérdida definitiva de los salarios de tramitación aunque dicha consecuencia la anuda el Art. 299 al requerimiento empresarial.

A mi juicio la dinámica normal de los acontecimientos será que el empresario en vez de comunicarse directamente con el trabajador despedido, acuda al Juzgado en solicitud de que el trabajador se reincorpore si ya no lo ha hecho todavía (Art. 298), el Juzgado citará a una comparecencia que terminará si a ello ha lugar con un requerimiento judicial para que el empleado reanude sus servicios con apercibimiento de que si no lo hace ello supondrá la pérdida definitiva de los salarios durante el recurso (Art. 299); entiendo aconsejable dado los concluyentes términos del Art. 299 que el Juzgado le indique un plazo para dicha reincorporación para evitar las dudas que se pudieran producir en caso de reincorporación tardía.

Los posibles pronunciamientos del auto resolutorio varían según la parte que lo haya incumplido las obligaciones que le corresponden durante la ejecución provisional y así si la empresa no permitió la reincorporación pese a la disposición del trabajador a prestar sus servicios o no abonó los prestados se decretará una ejecución dineraria respecto a los salarios devengados; si la empresa la que solicitó la ejecución, el órgano judicial dictará un auto requiriendo la reincorporación al trabajador y ello pese a los términos del Art.

297 que parece que obligan a decretar la pérdida de salarios y digo esto ya que el Art. 296 faculta al empresario no a solicitar que se declare por el Juzgado la pérdida de los sal aries sino a instar un requerimiento judicial de reincorporación al trabajo.

Existe una amplia jurisprudencia en la que se señala que sólo en este procedimiento de ejecución provisional se pueden reclamar los salarios de trámite devengados durante el recurso y no en una demanda declarativa ni tampoco en ejecución definitiva, con lo cual es trascendental que el trabajador inste la ejecución provisional ex Art. 295 y 296 si no se le abonan los salarios ya que los perderá si los reclama después de la firmeza de la sentencia.

En este sentido el Tribunal Supremo al estudiar el antiguo Art. 227 (actual Art. 295) señaló que «sólo en el proceso en que se dan las circunstancias previstas en el mencionado precepto es oportuno reclamár su cumplimiento y no en proceso de; naturaleza diferente como ya vino a establecer la Sala en sentencia del 12-6-72 [R.A. 3.478]». (Sentencia del T. Supremo de 18-6-84 [R.A. 3.339]). En idéntico sentido se han pronunciado las sentencias del Tribunal Central de 29-11-77 (R.A. 6.007); 13-3-8 (R.A. 1.583) y 23-7-87 (R.A. 16.840).

E Obligaciones recíprocas durante la ejecución provisional

El núcleo esencial de la ejecución provisional consiste en una prolongación de la vida de la relación laboral con sus derechos y obligaciones recíprocas por parte del trabajador (prestación de servicios) y del empresario (retribución de dicho trabajo) propios de la relación sinalagmática del contrato de trabajo. Pero esta prolongación se debe de dar en las mismas condiciones anteriores al despido.

El Art. 295 permite que el empresario pague los salarios sin recibir contraprestación, lo que llevó a que cierta jurisprudencia intentase conjugar la exigencia del Art. 295 con la prohibición de enriquecimiento injusto señalando que se podía limitar a su percepción hasta la fecha en que el trabajador encontró otro empleo. {Sentencias del T. Supremo de 30 de enero de 1963 (R.A. 369). 17 de junio de 1972 (R.A. 3.715) y 10 de noviembre de 1977 (R.A. 4.502).

Ordeig Fos (23) no es de esta opinión, señalando que la exclusión de salarios a partir de la nueva colocación sólo se prevé en el Art. 56.1º b) del E. T., para el supuesto de despido improcedente y comporta que la sentencia recurrida haya detenido en la fecha de la colocación la condena al abono de los salarios de tramitación, con la consiguiente incidencia en la ejecución definitiva.

Por lo que respecta a la cuantía del salario, el Art. 295 señala que la retribución debe ser la misma que viniese percibiendo *con* anterioridad al despido. El Tribunal Central en sentencia de 5 de junio de 1977 señaló que «la remu-

63

neración a percibir durante el recurso no es simplemente el salario base, sino todo lo que con anterioridad al despido se viniese percibiendo también incluso las primas a título de producción y ello aunque la empresa haya preferido abonar el salario sin compensación alguna».

Las dudas surgen sobre sí los incrementos y revalorizaciones salariales que se puedan producir legal o convencionalmente durante el recurso son de aplicación; la jurisprudencia es vacilante y así la sentencia del T. Supremo de 14-12-84 señala que «el salario que se debe de tener en cuenta es el declarado en la sentencia y no el que los actores entienden que les debería haber correspondido».

En cualquier caso es el procedimiento del Art. 295 el que hay que utilizar para reclamar las posibles diferencias y no *otro*, aunque la jurisprudencia entiende que lo que debe de abonar la empresa son los salarios consignados en la sentencia que son los debidos (Sentencias del T.C. T. de 26-5-85 (R.A. 3.625) y 11-7-86 (R.A. 6.033) y no los posteriores derivados de norma legal o paccionada, a no ser que aquel fuere inferior al mínimo interprofesional. (Sentencias del T.C.T. de 17-12-86 (RoA. 14.123) 17-10-84 (R.A. 7.744), 31-10-84 (R.A. 8.228), 7-11 -84 (R.A. 8.476) y 3-9-85 (RA. 5.125).

A pesar de lo anterior, entiendo que a estos efectos es fundamental la distinción entre el despido nulo y el improcedente con opción por la readmisión y el improcedente con elección por la indemnización por lo que respecta a la eficacia extintiva del despido ya que como vimos en los dos primeros casos los efectos de la sentencia operan de tal modo que la relación laboral se debe considerar como no rota por el despido y por tanto viva en todo momento (incluso durante el recurso).

Con lo que en principio procederían los incrementos legales y convencionales del salario.

La dinámica de la ejecución provisional se debe prolongar en el tiempo y no ha de tener una consideración estática en el sentido de que si existe una primera reincorporación del trabajador y luego se da una posterior negativa de éste, sólo perderá los salarios que se devenguen desde esa negativa no los anteriores.

Al deberse producir la readmisión en las mismas condiciones, la reincorporación no será obligatoria si lo es en *otro* puesto de trabajo distinto y así la sentencia del T.C.T. de 23-6-87 (R.A. 13.871) señaló que si el empresario no respetó el horario, debió seguirse el procedimiento incidental en que se condenara a la empresa al abono de los salarios sin exigencia sinalagmática por parte del trabajador. Lo que no es posible como señala la sentencia es que el trabajador ante el incumplimiento empresarial, accione ex Art. 50 del E. T., solicitando la rescisión de su contrato.

Los posibles incumplimientos de ambas obligaciones, (posibles dado el tracto sucesivo de futuro de la ejecución) se deben de articular mediante el oportuno

trámite incidental, ya que casi todos ellos deberán ser objeto de prueba del Art. 238 de la L.RJS.

Una cuestión interesante surge debido a la prolongación de la relación laboral con sus consiguientes derechos y obligaciones y es la posibilidad de que surja un abandono o dimisión del trabajador o una justa causa de despido durante la ejecución provisional.

La jurisprudencia lo admitió ampliamente considerando que si el trabajador incumple su relación contractual nada impide que se produzca otro despido. Por otro lado, la admisión del trabajador durante la tramitación del recurso no suponía según las sentencias, novación del contrato, ni abandono de la voluntad del empresario de despedir al actor (Sentencia del T. Supremo de 16-2-80).

Este nuevo despido era admitido y calificado como nuevo y distinto acto de extinción (Sentencias del T.C. T. de 15 de marzo de 1985 (R.A. 1.890), 18 de febrero de 1986 (R.A. 992), 1 de diciembre de 1987 (R.A. 26.834) Y 9 de marzo de 1989).

Esta teoría se podía mantener considerándose que el segundo despido lo era por unas causas distintas y por unos hechos diferentes que el primero y que al ser un despido independiente no se podía argumentar la litispendencia del primer proceso si el segundo despido era impugnado judicialmente.

Ahora bien se podía llegar al absurdo de que si el primer despido era declarado procedente ello conllevaba automáticamente la extinción de la relación laboral con lo que sería imposible pronunciarse sobre el segundo despido al no existir contrato sobre el que se pudiese dar despido alguno.

Por otro lado el permitir un segundo despido durante la ejecución provisional sería poner en manos de la empresa una estupenda arma para evitar los efectos de la ejecución ex Art. 295 y el consiguiente abono de salarios; produciéndose por parte del trabajador en ese caso una posterior demanda de despido que podría motivar otra sentencia declarando improcedente con otro recurso y otra ejecución provisional, entrando así en un círculo vicioso de sucesivos y encadenados despidos y ejecuciones provisionales.

El nuevo Art. 297 parece despejar las anteriores contradicciones estableciendo que el incumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones (no sólo del deber de prestar servicios, sino también de sus obligaciones laborales básicas) supone la pérdida definitiva de los salarios devengados durante el recurso, pero sin autorizar un nuevo despido que sólo complicaría la situación.

Si el trabajador desobedece el réquerimiento judicial de reincorporación, perderá los salarios del Art. 297 y ello aunque la sentencia de instancia confirme la nulidad o improcedencia, pero conservara el derecho a reclamar los que no correspondan el período de ejecución provisional, es decir los devengados desde el despido hasta la notificación de la sentencia del Juzgado, así como los ,que se puedan devengar después de la sentencia de la Sala, así

lo parece corroborar las sentencias del T. Supremo de 4-5-90 y del T.C. T. de 18-2-86.

La prolongación de la ejecución provisional se produce hasta que la sentencia gane firmeza es decir hasta que transcurra el plazo de 10 días para el recurso de Casación para unificación de doctrina; a partir de la firmeza los pedimentos que se puedan articular se deberán de hacer por medio de la ejecución definitiva si bien hay que recordar que no se podrán reclamar los salarios del Art. 295 sí antes no se reclamaron.

Existe no obstante la posibilidad de que aunque la sentencia sea firme, se puedan reclamar los devengados durante el recurso y que no se hubiesen percibido (Art. 300 de la L.RJS.) a pesar de haberse instado la ejecución provisional.

F Situación tras la sentencia resolutoria del recurso

Es interesante hacer referencia a la situación resultante tras la sentencia de la Sala. La L.P.L. no lo regula sistemáticamente, debiendo acudirse a preceptos de la ejecución provisional, a artículos de la modalidad procesal del despido y a preceptos que forman la reclamación al Estado por salarios de trámite.

Es preciso distinguir varios supuestos:

1. Confirmación por el T Superior de la sentencia de instancia.

Está claro, aunque no lo indica la LRJS que no se deberá devolver ningún salario percibido durante el recurso.

Por lo que respecta a la cuantía de los salarios de tramitación se debe diferenciar:

- Si el despido fue declarado nulo, los salarios comprenderán hasta que tenga lugar la readmisión pero siempre con el oportuno descuento de los percibidos durante la ejecución provisional.

.- Si el despido fue declarado improcedente y la Sala confirma íntegramente la Sentencia, el sentido de la opción hecha en instancia no podrá alterarse (Art. 111.2º de la L.RJS.). Si se optó por la indemnización los salarios comprenderán hasta la notificación de la sentencia. Si se optó por la reincorporación, los salarios se devengarán hasta el día de la readmisión (Art. 278 de la L.RJS.) o hasta la fecha del auto extintorio del Art. 281 si no se cumple con la readmisión, con descuento en ambos casos de los percibidos ex Art. 297.

2. Revocación por el T Superior de la sentencia del Juzgado.

El trabajador no debe devolver ninguna cantidad percibida ex Art. 297 por así venir impuesto por el Art. 300; además aunque la sentencia de la Sala declare el despido procedente no se puede hablar de enriquecimiento injusto o cobro indebido ya que si se percibieron salarios fue a cambio de efectuar trabajos o porque el empresario prefirió el abono sin compensación alguna.

La no exigencia de devolución de lo percibido en ningún caso deriva además por la naturaleza autónoma de la ejecución provisional respecto al proceso principal de despido, confirmada en varias sentencias (T.C. T. 25-5-84. 19- 4- 88 y 19-1-89) considerando que el derecho actuado ex Art. 297 nace *ex lege* de una resolución judicial que declara la antijuridicidad de la decisión empresarial de despedir y el que tal calificación se modifique en virtud del recurso interpuesto; en nada puede modificar aquella obligación procesal ya que los «efectos provisionales de una sentencia se producen en virtud de la eficacia temporal y provisoria del fallo favorable al trabajador en los términos del Art. 299 y la casación o revocación del fallo recurrido dejan intactos dichos efectos provisionales, a salvo la posible reparación a quien los ha soportado».

Para una mayor comprensión es preciso distinguir varios supuestos:

Sentencia del Juzgado declarando el despido nulo. El Tribunal Superior lo puede declarar:

- Procedente: No habrá obligación del trabajador de devolver lo percibido durante la ejecución provisional. El Tribunal Central en una curiosa sentencia de 25-3-83 (R.A. 2.519) señaló que si la sentencia es revocada y el despido declarado procedente, no se puede condenar a la empresa al abono de los aumentos derivados de Convenio Colectivo suscrito durante la tramitación del recurso.

- Improcedente: La opción se deberá efectuar en el plazo de los 5 días siguientes a la notificación de la sentencia de la Sala y ante la Secretaría del Juzgado (Art. 110.3º de la LRJS.). Existirá la posibilidad de reclamar al Estado el exceso de los 60 días desde la presentación de la demanda por lo que respecta a los salarios de trámite, pero sin incluir en dicha reclamación los abonados durante la ejecución provisional y ello aunque no se hubiesen utilizado los servicios del trabajador (Art. 116.1º de la L.RJS.) ya que el nuevo art. 116 excluye dicha posibilidad.

La ejecución posterior ya firme la sentencia variará según la opción que se haya hecho. Si se opta por la indemnización, la empresa deberá abonarla, siguiendo los trámites de la ejecución dineraria si no se paga.

Si se opta por la readmisión los salarios de tramitación se deberán de abonar hasta que dicha readmisión se produzca o hasta que se dicte el oportuno auto extintorio si no se produce la readmisión pero con descuento de los abonados ex Art. 295 de la L.P.L.

Sentencia del Juzgado declarando *improcedente* el despido. Este supuesto es más complejo ya que puede haber cambios en el sentido de la opción hecha en instancia si el T. Superior confirma la improcedencia pero varía el salario, la antigüedad o la indemnización.

Se deben distinguir las posibilidades de pronunciamientos del Tribunal Superior:

- Improcedente: El Tribunal Superior confirma la improcedencia, pero modifica el salario, la antigüedad o la indemnización, en cuyo caso la opción de

la instancia puede ser alterada (Art. 111.1° b). Se deben diferenciar los supuestos:

1) Si primero se optó por la readmisión y ahora por la indemnización, la cuantía de ésta será la que fije la sentencia de la Sala (Art. 111.1° b).

2) Si primero se optó por la indemnización y ahora por la readmisión, ésta retrotrae sus efectos a la fecha de la elección de instancia.

En aquel momento era uno de los aspectos novedosos, la L.P.L., en redacción dada por la Ley 11/ 94, consideraba que al no haber cabido la ejecución provisional, durante la tramitación del recurso el trabajador se debe considerar en situación de desempleo involuntario, si bien la retroacción de efectos debe conllevar a que se tengan que deducir de las cantidades que se abonen como salarios de tramitación las sumas que el trabajador hubiere percibido como prestación de desempleo (art.111.1°b).

- Nulo: La opción que se pudo hacer en la instancia a la vista de la declaración de improcedencia se tiene por no hecha (Art. 111.2°) y los salarios se deberán de abonar hasta que tenga lugar la readmisión.

- Procedente: La declaración de procedencia del despido conllevará la extinción de la relación laboral sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación (Art. 109 de la L.P.L.) pero el empresario podía con la antigua L.P.L. al Estado los salarios abonados durante el recurso si optó por la indemnización y no utilizó los servicios del trabajador. (Art. 116.3°) No se entendía bien el motivo de no permitir la misma reclamación cuando hubiese optado por la readmisión y no utilizase los servicios del trabajador, como tampoco cuando el pronunciamiento de nulidad del Juzgado fuese revocado por el T. Superior declarándolo procedente.

El nuevo texto refundido de la L.RJS. ha eliminado completamente el párrafo tercero del arto 116, con lo que en supuestos en que quepa la ejecución provisional, casi es mejor que el empresario exija la prestación de servicios durante el recurso, ya que aunque la sala de lo Social califique de procedente el despido, no podrá reclamar al Estado los salarios devengados ex-art 296, incluso aunque no haya exigido los servicios.

La limitación de la posibilidad de ejecución provisional en algunos supuestos puede conducir a situaciones un tanto absurdas, pudiéndose señalar al respecto las siguientes:

- Despido declarado improcedente por el Juzgado opción en favor de la indemnización y recurso del trabajador, con sentencia de la Sala que confirma la improcedencia pero modifica la cuantía de la indemnización y el empresario opta por la readmisión en cuyo caso dicha readmisión como vimos retrotrae sus efectos a la fecha de la elección en instancia. Con lo que debería abonar salarios por un período que no pudo haber servicios del trabajador; aquí la vía de escape antes comentada es más difícil por la obligatoria retroacción de efectos.

3. Sentencia de la Sala que declara la caducidad de la acción de despido.

En este caso la solución debe ser idéntica a la anterior, sin que el trabajador deba devolver los salarios que pudiese haber percibido durante la ejecución provisional ya que el término "revocada" que emplea el Art. 298 debe ser entendido en el sentido amplio. Si en caso de procedencia del despido no debe devolver nada, con mayor razón *en* el caso de que su acción haya caducado. Además el carácter autónomo de la ejecución provisional respecto del proceso principal nos debe llevar a la misma conclusión.

4. Sentencia de la Sala que declara la nulidad de actuaciones.

La conclusión debe ser la misma, sin obligación de devolución de cantidad alguna. La sentencia del T.C. T. de 18-6-85 (R.A. 4.039) así lo entendió señalando que a pesar de que se deba dictar una nueva sentencia, ya que la anterior sentencia es anulada «no produce el efecto radical de no haber existido nunca, pues si ello es cierto respecto al contenido decisorio que se produce «ex novo» por el nuevo pronunciamiento. No lo es en lo que atañe a los efectos o consecuencias legalmente derivadas de su simple existencia, no es precisamente el de su ejecución provisional.

5. Sentencia de la Sala que declara la incompetencia de jurisdicción.

El T.C.T. en sentencia de 12-6-85 parece que hace desaparecer el carácter autónomo de la ejecución provisional en este caso al señalar que «si la ejecución provisional trae su origen en una decisión jurisdiccional, la sentencia desconectada del derecho material que aquella enjuicia, no ocurre cuando durante el trámite de dicha ejecución se declara la incompetencia del órgano jurisdiccional para el conocimiento del asunto principal y en consecuencia de todas sus posibles incidencias tanto materiales como procesales».

Estimo que no se deberá exigir la devolución al trabajador, sobre todo si han prestado servicios durante el recurso. Lo coherente es que a partir de la sentencia de la Sala y a la vista de la falta de jurisdicción no se permita el reclamar salario alguno todavía pendiente, pero sin perjuicio de la consolidación de lo abonado antes de dicha sentencia.

En los tres supuestos (caducidad de la acción, nulidad de actuaciones y falta de jurisdicción) el empresario podía, conforme a la L.P.L. de 1990, reclamar al Estado los salarios abonados durante el recurso si el despido fue declarado improcedente y se optó por la indemnización (Art. 116.3º). Este precepto habla no sólo de procedencia del despido sino de anulación de la sentencia, término más amplio que: el de revocación por lo que se debe de entender incluidos los tres supuestos.

Como dije, la LRJS, excluye esta antigua posibilidad.

G Supuestos de concesión de anticipo reintegrable

El Art. 299 tratando de anticipar los efectos favorables al trabajador de la sentencia de instancia, permite la concesión de un anticipo reintegrable en los supuestos en que la ejecución provisional ex Art. 295 no es posible y que son

sentencia declarando improcedente el despido con opción por la indemnización y recurso del trabajador o del empresario.

El recurso del trabajador supondrá que no existe consignación de la condena en la cuenta del *Juzgado* ya que no haber recurrido el fallo de la empresa.

- Sentencia que declara la improcedencia del despido y se opta por el abono de la indemnización. El anticipo correrá a cargo del Estado y consistirá con los límites antes señalados en el 50% de los salarios de tramitación, hasta la notificación de la sentencia y además al deber consignarse la indemnización, en el 50% de dicha suma; entiendo que el conjunto de ambas cantidades no puede exceder del duplo del S.M.I. anual.

Si el T. Superior confirma la sentencia, no hay problemas y el organismo gestor reclamará al empresario el resto de la condena, surgiendo las mismas dudas de si el empresario debe abonar algún otro salario de trámite, aunque entiendo que en despido improcedente sólo se deben de abonar hasta la notificación de la sentencia del *Juzgado*.

Si el T. Superior revoca parcialmente la sentencia, incrementando la indemnización y ahora el empresario opta por la readmisión, al retrotraer sus efectos y la fecha de la elección en instancia deberá abonar los salarios dejados de percibir durante el recurso sin haber podido utilizar los servicios del trabajador. El Estado, reclamará al empresario 1a cantidad anticipada y el trabajador exigirá al empresario los salarios desde el despido hasta que tenga lugar la readmisión descontando de su importe los anticipados por el Estado y el 50% de la indemnización ya percibida.

Para el cálculo de estos salarios se deberá descontar también las cantidades que el trabajador pudo percibir en concepto de prestación por desempleo (art.III.º de la L.P:L.).

Una última cuestión interesante es la de si cabe hacer extensible la concesión de los antitipos reintegrables a la condena dineraria que toda sentencia de despido tiene en lo que respecta a la indemnización y salarios de tramitación. Ello conllevaría a aceptar la combinación no excluyente de los Arts. 295 Y 287 de la L.P.L.

Los supuestos concretos serían el recurso de la empresa frente a la sentencia de despido y que originaría dos especies de ejecución provisional:

-una anticipando la obligación de readmisión y por tanto ejecutada por el cauce del Art. 295 mediante pago de salarios durante el recurso con o sin prestación de trabajo.

- y otra ejecutable ex Art. 289 y concediéndose un anticipo en el porcentaje legal respecto a la indemnización y salarios de tramitación hasta la sentencia del *Juzgado* consignados, por la empresa para recurrir.

En un principio y atendiendo a criterios de protección del operario y buscando la suficiencia del anticipo se pudiera concluir que cabía la concesión del anticipo, aunque una lectura más sosegada de ambos preceptos puede inclinar a pensar en la solución contraria ya que parece que el Art. 299 prevé sólo la

concesión del anticipo cuando no hay protección para el trabajador con la ejecución provisional del Art. 297; por otro lado la ejecución provisional mediante el pago de salarios en los procesos de despido sólo quiere anticipar la condena a la, readmisión, no el pronunciamiento dinerario. No obstante el tema no es pacífico ya que el Art. 289 al regular el anticipo no excluye el supuesto del pronunciamiento dinerario de la condena de la sentencia de despido.

H Ejecución provisional del despido de un representante sindical o legal

El Tribunal Constitucional en sentencia de 20 de diciembre de 1982 núm.78/82 señaló que el empresario no debe impedir de forma unilateral que un representante de los trabajadores ejerza las funciones propias de su cargo durante la tramitación del recurso.

La finalidad del Art. 302 de la L.RJS. es evitar que durante el recurso de suplicación se vacíen las funciones representativas del delegado o miembro del Comité ya que como hemos indicado el Art. 297 permite al empresario abonar salarios sin exigir la presencia del trabajador en la empresa, en este caso al menos se le debe permitir el acceso y la permanencia en la empresa para cumplir con las funciones de su cargo.

La obstrucción o impedimento de realización de esas funciones representativas puede ser sancionado de conformidad con lo dispuesto en el Art. 281 c) de la L.RJS. como si de una sentencia firme se tratase.

5. SENTENCIA DE CONFLICTO COLECTIVO

La ejecutividad inmediata de la sentencia colectiva es una característica que ya recogía la anterior Ley.

La LRJS señala que en el proceso de conflicto colectivo, la sentencia será ejecutiva desde el momento que se dicte, no obstante el recurso contra la misma pueda interponerse. El Art. 303 del Texto Articulado vuelve a repetir dicho mandato si bien condiciona la ejecución a la naturaleza de la pretensión» reconocida en el fallo.

La limitación de la naturaleza de la condena viene impuesta por la tradicional imposibilidad de ejecutar las sentencias colectivas meramente declarativas que lo que conllevan son procesos posteriores de la reclamación de cantidad en cumplimiento de la declaración genérica del derecho de la sentencia colectiva y en los que dicha sentencia despliega los típicos efectos prejudiciales de cosa juzgada (Art. 163.3º de la LRJS.).

No obstante la imposibilidad de ejecución directa debe ser ponderada en cada caso y así ya vimos que la sentencia del Tribunal Constitucional 92/1988 de 23 de mayo se preocupó de apuntar que no todos los casos son exactamente iguales y algunas declaraciones son susceptibles de ejecución y que las sentencias recaídas en conflictos colectivos son directamente ejecutables cuando, contienen pronunciamientos de condena.

En idéntico sentido esa misma sentencia señaló que en ocasiones por la vía del conflicto colectivo se satisfacen pretensiones en las que el aspecto objetivo del conflicto (el interés general o colectivo) cede en importancia ante el elemento subjetivo y en los que en consecuencia no se reclama tanto la interpretación de una norma de alcance general, como el cumplimiento de una obligación que afecta a un grupo de trabajadores.

Por tanto en estos mismos supuestos en que quepa la ejecución definitiva por la naturaleza de la condena cabrá la ejecución provisional; estos casos como ya vimos son los que la sentencia además de la declaración del derecho (por ejemplo: el abono de un plus o complemento) condena a la empresa al abono de unas cantidades concretas que fueron articuladas por el demandante en su demanda y reconocidas en todo o parte por el fallo, así como las que imponen una obligación de hacer (por ejemplo: una condición de trabajo, un descanso, etc. ...) o un no hacer.

La ejecutividad provisional inmediata dependerá del pronunciamiento de la sentencia y así se podrá distinguir entre 2 supuestos:

- Sentencia meramente declarativa: No podrá ser ejecutada directamente y necesitará de otro proceso posterior individual en concreción de la condena. El recurso de suplicación frente a la sentencia del conflicto colectivo no debe impedir el que se considere la eficacia inmediata del pronunciamiento de la sentencia colectiva, para poder ser invocado por quien apoya en él, una pretensión concreta e individualizada.

-Sentencia colectiva con pronunciamiento de condena dineraria o a una prestación de hacer o no hacer. La sentencia será ejecutada provisionalmente de una forma directa sin necesidad de otro proceso posterior ya que la naturaleza de la prestación así lo permite (Art. 303 de la LRJS.).

Si la condena es dineraria los trámites, serán los previstos en los Arts. 246 y s.s.; si el fallo impone una prestación de hacer o no hacer serán de aplicación los Arts. 923 y s.s. de la L.E.C.; pero siempre entendiendo que la ejecución ha de ser en los propios términos establecidos en la sentencia (Art. 239.1º) y que la ejecución transformativa {indemnización de daños y perjuicios) sólo cabe en última instancia por lo que antes se debe acudir a la ejecución en forma específica, incluso persiguiendo inducir al obligado a cumplir la sentencia mediante los oportunos apremios pecuniarios (Art. 241.2º de la LRJS).

La posibilidad de ejecución inmediata de las sentencias de conflictos colectivos ha sido criticada por la doctrina. Alonso Garcia (27) estima que, la solución adoptada puede ser muy grave si se tiene en cuenta la gran repercusión (económica y laboral) de muchos de los conflictos que pueden afectar a una empresa o incluso a un sector de trabajadores de todo o gran parte del territorio nacional. Pudiéndose producir perjuicios irreparables en caso de revocación de la sentencia, inclinándose Alonso Garcia por la solución de que la sentencia

64

resolutoria del recurso tenga efectos retroactivos al momento de la sentencia de instancia, bien por exigir una fianza suficiente para recurrir.

6. SENTENCIAS DE PROCESOS DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

A diferencia de lo que acontecía en la sentencia de conflicto colectivo, los Arts. que regulan la modalidad procesal de la tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales y libertades públicas (Arts. 175 al 182) no contemplan expresamente la ejecutividad inmediata de la sentencia.

Ello no impidió que el legislador incluyese la ejecutividad inmediata de dichos fallos en los preceptos reguladores de la ejecución provisional. Lo que debió inspirar al legislador para permitir esa ejecución con independencia del recurso fue la necesidad de primar la protección del derecho fundamental violado sobre el interés del efecurado en la estimación de su recurso y la posible revocación de la sentencia.

A la vista del contenido de los fallos de estas sentencias (cese inmediato del comportamiento, con inclusión de la indemnización) según el Art. 180.1º, no surgirán muchos problemas ya que en la mayoría de los casos el pronunciamiento será meramente declarativo, sólo cuando la naturaleza de la condena lo permita, por contener un fallo de condena dineraria o una prestación de hacer o no hacer, estas sentencias serán ejecutivas.

La ejecución respecto al cese del comportamiento en violación del derecho supondrá una ejecución coercitiva, que deberá ser completada por una ejecución reparadora en el caso de que el fallo contenga la condena o una indemnización.

La posibilidad de la ejecución inmediata de pronunciamientos no dinerarios puede llevar a que el fallo de la sentencia del Tribunal Superior sea irrelevante Si se revoca la sentencia, al haberse consumado durante la ejecución provisional situaciones irreversibles que hayan ocasionado perjuicios de difícil reparación. En base a ello el Art 358 del Anteproyecto permitía al Juzgado o Sala decretar la suspensión total o parcial de la ejecución provisional si de ella se pudiera derivar un perjuicio de difícil reparación; esta posibilidad no pasó al Texto Articulado, con lo que no parece ahora posible la suspensión de la ejecución provisional.

Parte de la doctrina estima oportuno para supuestos excepcionales de evidente desproporción entre los perjuicios que se ocasionarían al ejecutado con el inmediato cumplimiento en relación con los ocasionados al demandante por la demora en la ejecución, el autorizar la suspensión de la ejecutividad inmediata a la sentencia, por aplicación analógica de los Arts. 11 de la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales y 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y 244.3 y 245 de la LRJS. que permiten la suspensión de la ejecución de una sen[encia firme, por lo que con mayor razón ello es posible tratándose de la ejecución provisional de una sentencia recurrida en suplicación.

Por otro lado la ejecutividad inmediata de la sentencia puede carecer de sentido si el demandante obtuvo previamente a la sentencia la suspensión de los efectos del acto impugnado. (Art. 180 LRJS.) con lo que por esa vía ya se ha anticipado la ejecución provisional de la sentencia en lo que, hace referencia al cese del comportamiento o acto.

El Art. 184 de la L.RJS. prevé que las demandas por despido y extinción, las de vacaciones, materia electoral, impugnación de Estatutos y Convenios Colectivos se tramitan conforme a las previsiones normativas de cada modalidad procesal, aunque en ellos se alegue y se declare por la sentencia la violación de un derecho fundamental por lo que en el caso del proceso de vacaciones y materia electoral más que de ejecución provisional se debe de hablar de ejecución ya que no cabe recurso frente a las mismas; es en el proceso de despido en el que a pesar de declararse en la sentencia la violación del derecho, fundamental o de la prohibición de discriminación, no se dará una ejecutividad inmediata de la sentencia a pesar del recurso (Art. 303) sino que al seguirse la modalidad procesal correspondiente la ejecución provisional del despido seguirá los cauces del Art. 297 de la LRJS.

El Art. 178 de la L.RJS. establece una prohibición genérica de acumular al proceso de tutela otra pretensión distinta de la consistente en la violación del derecho fundamental, si bien entiendo que se podrán acumular las pretensiones fundadas en el mismo motivo de violación del derecho fundamental y que sean consecuencia directa de dicha violación o discriminación (como por ejemplo: las diferencias salariales derivadas de la discriminación sexual o sindical); téngase en cuenta que lo que prohíbe el Art. 178 es acumular una pretensión basada en un fundamento diverso de la tutela del derecho; además el cuantificar estas diferencias retributivas ayuda al Juzgador a integrar el fallo ya que el Art. 180.1º le obliga a establecer la reparación de las consecuencias derivadas del acto y la indemnización que procediera.

En estos casos se plantea la duda de si tal pronunciamiento dinerario (diferencias salariales e indemnización reparatoria) se debe ejecutar provisionalmente de conformidad con lo dispuesto en los Arts. 287 al 291 (anticipos reintegrables) o simplemente mediante la ejecutividad inmediata y por tanto debiéndose abonar la totalidad de la condena.

En principio parece que el pronunciamiento condenatorio dinerario podría ejecutarse ex Arts. 287.1º y 288.2º en su virtud concederse un anticipo reintegrable sobre la cantidad que la empresa debe consignar para recurrir siempre que ello no implicara la persistencia sustancial de la violación del derecho fundamental.

Fernando Salinas (7) es partidario de esta postura entendiendo que la norma de la ejecutividad del Art. 303 contiene una garantía genérica para los casos que no tuvieron un mecanismo de ejecución provisional específico, como lo es el anticipo reintegrable.

Otra cosa es que el pronunciamiento de cese del comportamiento y reposición del trabajador en su situación anterior deberá ser ejecutada en su integridad y de forma inmediata.

A pesar de la perfecta argumentación anterior, he de señalar que el Art. 304 no remite expresamente a los anticipos, sino que habla nada más de ejecutividad inmediata, con lo cual se puede entender que el demandante pudiese pedir directamente la ejecución total del pronunciamiento dinerario lo que puede inducir a pensar que en estos casos habría que entregar al beneficiario todo el importe de la condena consignada para recurrir.

6. RECURSOS EN FASE DE EJECUCION PROVISIONAL

El Art. 304.3 de la L.RJS contiene una determinación clara y rotunda: «Frente a las resoluciones dictadas en ejecución provisional sólo procederán, en su caso, los recursos de reposición y súplica».

La actual LRJS va más allá de la anterior Ley que en el supuesto de ejecución provisional de sentencias de despido establecía en su Art. 228 in fine que el Juzgado resolvía sobre, la petición de ejecución sin ulterior recurso, por tanto sin admitir incluso el recurso de reposición.

Rios Salmeron (6) critica la limitación de recursos del Art. 304 de la LRJS al no justificarse la razón de que un proveído dictado en ejecución de sentencia firme pueda llegar en Recurso de Suplicación o Casación al Tribunal Superior de Justicia o al Tribunal Supremo (Arts. 191.2º y 206.2º de la LRJS.) y en cambio esto no sea posible en fase de ejecución provisional.

El Art. 304 resolverá las dudas que se dieron bajo la vigencia de la L.P.L de 1980 y normas anteriores, que ocasionaban que resoluciones dictadas en ejecución provisional llegasen algunas veces al Tribunal Central, aunque el tema no era pacífico lo demuestran algunos pronunciamientos.

El peligro que se corre al impedir los recursos de suplicación y casación en la ejecución provisional es que desaparezca. La doctrina y jurisprudencia en esta materia al solucionarse los litigios en la sede de instancia.

Entiendo no obstante que la tesis de la irrecurribilidad en suplicación y casación de las resoluciones dictadas en ejecución provisional es congruente con lo dispuesto en otros Arts. 186.2º y 187.2º de la LRJS señalan que contra el auto resolutorio de la reposición o la súplica no se dará nuevo recurso salvo en los casos expresamente establecidos en la Ley que son los Arts. 191.2º y 206.2º que posibilitan recursos de suplicación o casación

65

Rios Salmeron (6) : "Curso de procedimiento laboral". Tecnos 2012

Fernando Salinas (7): "Ejecución definitiva de sentencias y otros títulos" Rev crítica 1990

contra los autos resolutorios del Recurso de reposición y súplica dictados en ejecución de sentencia. Si bien la doctrina entendía a veces que, cuando el Art. 168.2º de la L.E.C. hablaba de ejecución hacía referencia exclusivamente a la ejecución definitiva, no a la provisional. (Sentencias del T.C. T. de 15-6 y 23-11-82. (R.A. 4.077 y 6.889). Por otro lado, de admitirse un ulterior recurso devolutivo se corre el peligro de que se resuelva antes el recurso frente a la sentencia, que el recurso frente a la ejecución provisional que entonces carecería de sentido; así lo entendió la sentencia del T. Supremo de 14-1-87 (R.A. 24) que no admitió el recurso de casación frente a las resoluciones dictadas en ejecución provisional de despido ya que «las resoluciones recurridas, dada la provisionalidad de la ejecución, no tienen carácter definitivo y las cuestiones en ellas planteadas no pueden discutirse cuando, resuelto el recurso pendiente, se pase en su caso a la fase de ejecución de la sentencia firme».

7. SUPLETORIEDAD DE LA L.E.C. EN EJECUCIÓN PROVISIONAL Y SU ACOMODACIÓN AL PROCESO LABORAL

Los supuestos especiales de ejecución provisional de sentencias ya vistos (anticipos, prestaciones de S. Social, despidos y sentencias colectivas y de tutela de derechos fundamentales) no impide que la nueva L.P.L., recogiendo un sentir mayoritario en la doctrina, introduzca por primera vez en el proceso de ejecución laboral una cláusula general que posibilite la ejecución provisional de la sentencia cuando ésta sea favorable al trabajador o beneficiario de la Seguridad Social y el anticipo de la efectividad de la sentencia no pueda tener lugar mediante las formas específicas ya comentadas.

A. Necesidad de La cláusula general de ejecución provisional

Se discutía bajo la vigencia de la L.P.L. de 1980 si los supuestos específicos de ejecución provisional que ella contemplaba y que coincidían básicamente con los que recoge el Texto Refundido. Constituían una lista cerrada o por el contrario eran un muestrario ejemplificativo, con lo que otras sentencias distintas y por lo general favorables al trabajador podían ser ejecutables provisionalmente con los criterios y requisitos previstos en la L.E.C.

La jurisprudencia basándose en un principio de especialidad riguroso señaló que en estos casos no cabía la aplicación subsidiaria de la L.E.C.; a pesar del sentir mayoritario de la doctrina favorable a la aplicación supletoria de la norma civil.

La Ley 34/84 de reforma urgente de la L.E.C. señaló como uno de sus puntos esenciales de modificación la generalización de la ejecutividad provisional de las sentencias de condena, con la finalidad de anticipar y garantizar la efectividad en las sentencias proteger los derechos del acreedor y evitar la interposición de los recursos meramente dilatorios.

En consonancia con dichos propósitos el Art. 385 de la nueva L.E.C. determinó la ejecutividad provisional de las sentencias de condena al pago de una cantidad líquida o liquidable por simples operaciones matemáticas y de aquellas otras e naturaleza diferente si el Juez estimara que el perjuicio que pudiéra irrogarse fuera irreparable. Por otro lado y para garantizar los derechos del apelante se exija constitución de fianza o aval bancario (Arts. 385, 722 y 723 dela L.E.C.).

La evolución de la posibilidad de la ejecución provisional, se puede decir que ha corrido paralelamente en el proceso civil y laborai ya que en el primero hasta 1984 sólo se contemplaba para supuestos específicos y determinados, al igual que en el proceso social en el que se ha tenido que esperar hasta la LRJS para recoger en cláusula general de ejecutividad que bien se puede afirmar que es general homónima civil.

La tardanza del ordenamiento procesal en este aspecto puede estar justificada en que ya desde antiguo el evitar los recursos meramente dilatorios y el garantizar el cumplimiento de la sentencia se protegía con otros institutos típicos del proceso laboral como eran la consignación del importe de la condena para recurrir y las formas específicas de ejecución provisional de sentencias que desde 1938 recogían las normas laborales.

La ejecución provisional, en sentido amplio puede ser definida, como aquel instituto en virtud del cual el órgano jurisdiccional, ante una senrencia dictada por él que esrá pendiente de alguno de los recursos permitidos por la Ley, la dota, con las debidas garantías, de eficacia ejecutiva através de una resolución.

La ejecución provisional es en realidad una «ejecución condicional», sometida a la condición resolutoria de que el Tribunal no revoque la sentencia dictado por el Juez a quo.

Esta eficacia condicionada desaparece en muchas ocasiones en las ejecuciones provisionales sociales en los que vimos que en supuestos de prestaciones de Seguridad Social y de despido el ejecutante no tiene que devolver lo percibido durante la ejecución provisional, aunque se revoque la sentencia de instancia (Arts. 294.2º, y 300 de la LRJS.).

Hay que adelantar que la ejecución provisional es un instituto polémico y fuente de controversias, creador en muchas ocasiones de inseguridad jurídica por la posibilidad de que el fallo ejecutado sea revocado por el Tribunal Superior, corriéndose el peligro de que la sentencia resolutoria del recurso tenga sólo efectos didácticos al haberse cumplido la sentencia y no poderse dejar sin efecto situaciones ya consolidadas.

Estos peligros se tratan de salvaguardar con la exigencia de fianza y con otros mecanismos típicos del proceso laboral como son la responsabilidad solidaria del Estado en la devolución del anticipo y la exigencia de prestación de servicios durante el Recurso en el supuesto de despido.

En contra de la admisión de la ejecución provisional se ha alegado en ocasiones que el Art. 118 de la Constitución sólo obliga a cumplir las resoluciones judiciales *firmes*; Los partidarios de la admisión de la ejecución provisional responden a estos argumentos señalando que ésta es la auténtica expresión del derecho a la tutela judicial *efectiva* (Art. 24 de la C. T.N.) al constituir un freno a los recursos interpuestos con un claro afán dilatorio; además de poner el acento en el debido respeto al mandato judicial cuya *presunción de legalidad*, aunque no sea firme debe ser tenido en cuenta.

Por otro lado la ejecución provisional es también un instrumento legal de garantía del derecho del acreedor. (Art. 117.4º de la Constitución), establecida: Art. 17.2º de la L.O.P.J. la obligación de cumplir no solo las resoluciones Judiciales firmes, sino también *las que sean ejecutables de acuerdo con las leyes*.

Dada la amplitud de prosupuestos de ejecución provisional normados los Arts. 289 al 303 de la L.RJS. es difícil encontrar algún caso de sentencia que no tenga encaje en dichos preceptos y que por tanto deba ser ejecutada conforme a los parámetros de la L.E.C en realidad estaremos ante auténticos supuestos de laboratorio, aunque se puedan plantear alguna vez en los Juzgados; en la práctica serán las sentencias que condenen al empresario o al Estado a *obligaciones de hacer o no hacer* como por ejemplo el facilitar que un trabajador realice las funciones propias de una determinada categoría o las que impongan un disfrute de un permiso, descanso, una condición más beneficiosa de contenido no económico (por ejemplo: disfrute de un economato, utilización de un autobús de la empresa, etc. ...) peticiones todas ellas que no hayan sido articuladas por la vía del conflicto colectivo, ya que en ese caso la sentencia gozaría de una eficacia inmediata por imperativo de lo dispuesto en el Art. 303 de la LRJS.

No se pueden encuadrar dentro de la ejecución provisional aquellos casos en que la eficacia de la sentencia viene determinada por no haber recurso frente a ella (procesos de vacaciones, elecciones, clasificación profesional, sanción) *a no ser que quepa la ejecución provisional por haberse interpuesto el recurso de Suplicación por quebrantamiento de las formas procesales (Art. 191.1ºd) de la LRJS.*

B. Legitimación

El Art. 305 de la RJS. dispone que "Las sentencias favorables al trabajador o beneficiario (se entiende de la Seguridad Social) que no puedan ser ejecutadas provisionalmente conforme a esta Ley podrán serlo en la forma y condiciones establecidas en la legislación procesal civil».

Como dije antes, esta cláusula general residual es menos amplia que la prevista en el Art. 385 de la L.E.C. ya que limita la legitimación activa para promover la ejecución provisional al permitirlo nada más al trabajador o beneficiario de la Seguridad Social; por lo que en principio no cabría que un empresario, una Mutua o un organismo público pudiese solicitar la ejecución provisional de una sentencia que a él le beneficiase.

En este sentido, la concepción unilateral de la ejecución provisional responde a los caracteres específicos del proceso laboral como instrumento protector del trabajador o beneficiario de la Seguridad Social. ya puesto de relieve por la Exposición de Motivos de la Ley de Bases y por una constante doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencia 3/83 de 25 de enero. 90/83 de 7 de noviembre. 16/86 de 3 de febrero, 162/86 de 17 de diciembre) que parten de que el proceso laboral opera sobre una realidad concreta que es una constatada desigualdad originaria entre trabajador y empresario, que tiene su fundamento no sólo en la distinta *condición económica* de ambos sujetos, sino en su respectiva posición y en la propia y especial relación jurídica que los vincula. Lo cual explica la relativización y *matización* del principio de *igualdad* del Art. 14 de la Constitución, en el sentido *compensador* e igualador de las desigualdades que subyacen en las posiciones del trabajador y empresario, tendiéndose a evitar que redunde en perjuicio del trabajador la dilación en la resolución del recurso al poder verse obligado a transigir sobre los derechos que en la sentencia se le pueden reconocer.

La imposibilidad de que los empresarios, entidades públicas y Entidades Gestoras puedan solicitar la ejecución provisional de las sentencias a ellos favorables ha sido criticado por Fernando Escribano Mora (28) que señala que la aplicación supletoria de la L.E.C., contemplada en la Disposición Adicional la de la LRJS. así lo permite; considerando que aún cuando la ejecución provisional en favor de trabajadores y beneficiarios haya sido configurada como un verdadero derecho a su favor. Ello no impide, que cumpliendo los requisitos que el Art. 385 de la L.E.C. señala, pueda el empresario solicitar la ejecución provisional.

El argumento que se suele utilizar para facilitar la legitimación del empresario es la aplicación supletoria de la L.E.C. A esto hay que señalar que la L.E.C. es sólo de aplicación supletoria, en lo no regulado por la LRJS.; por lo que si la ejecución provisional ya aparece normada en el Art. 303 de la LRJS. con el límite de permitirla sólo a instancia del trabajador o beneficiario.No procede admitirla a solicitud de otra persona o entidad que no sean éstos ya que el principio de supletoriedad no puede hacer desaparecer las exigencias del principio de especialidad impuesto por el Art. 303 de la L.P.L.

Pese a los rotundos términos del Art. 303 hay que decir que la propia L.P.L. admite indirectamente dos supuestos de ejecución provisional o al menos de ejecutividad inmediata de sentencias favorables al empresario o Entidad Gestora y por tanto perjudiciales para el trabajador o beneficiario de la S. Social y que son:

1. El supuesto del Art. 146 de la LRJS. En el caso de que la sentencia del Juzgado declare la procedencia de la revisión del acto declarativo de derechos efectuada por la Entidad Gestora, dicha sentencia será *inmediatamente ejecutiva*, con independencia de recurso de Suplicación que haya podido interponer el beneficiario de la prestación, aunque en este caso la Entidad Gestora no necesitará instar la ejecución provisional ya que de oficio y en vía

66

administrativa anulará o reducirá la prestación una vez dictada la sentencia.

La sentencia del conflicto colectivo y la recaída en el proceso de tutela de los derechos fundamentales también será inmediatamente ejecutiva (Art. 303 de la L.RJS.) ya que dicho precepto no distingue entre sentencia favorable al trabajador o al empresario.

C. Plazo

En las ejecuciones provisionales de los anticipos, prestaciones de la Seguridad Social, despidos y sentencias colectivas y de tutela de derechos fundamentales, los Arts. reguladores de dichos mecanismos no señalaban plazo para instar la ejecución provisional, por lo que se concluyó que ésta cabía mientras el recurso pendiera. La situación cambia en la cláusula general de admisibilidad de la ejecución del Art. 303 ya que dicho precepto ordena que, la ejecución provisional lo sea «en la *forma y condiciones* establecidas en la legislación procesal civil».

A estos efectos habrá que distinguir según quién haya dictado la sentencia cuya ejecución provisional se pretende:

- Si la sentencia la dictó un Juzgado de lo Social, será de aplicación lo dispuesto en el Art. 385 de la L.E.C., con lo que para que sea admisible la ejecución provisional la deberá solicitar el trabajador o beneficiario en el plazo de los 6 días siguientes a la notificación de la providencia por la que se tiene por anunciado el Recurso de Suplicación frente a la sentencia.
- Si la sentencia la dictó la Sala de lo Social los Arts. 1.722 y 1.723 de la L.E.C. no exigen un plazo preclusivo para solicitar la ejecución por lo que entiendo que en este caso no se podrá exigir.

Se puede argumentar en favor de la no exigencia de un plazo preclusivo en cualquier caso, señalando que el Art. 385 de la L.E.C. parte en principio de que la regla general es la apelación en ambos efectos (Art. 384), por tanto con suspensión de la ejecución de la sentencia, sobre todo si la sentencia no es de condena líquida (Art. 385 párrafo 2.º) por lo que la excepción a dicha regla, que es la posibilidad de ejecución provisional debe quedar sometida a un plazo preclusivo estricto; en cambio en el proceso laboral ocurre lo contrario y la regla general es la ejecutividad inmediata de la sentencia recaída.

Es de esta opinión Fernando Escribano Mora (28) que afirma que la especialidad del proceso laboral, la configuración de la ejecución provisional como un verdadero derecho y la no mención de plazo en la regulación introducida por la Ley anterior., autorizan una interpretación más acorde con la realidad social y concordante con el principio de ejecutividad provisional de las sentencias favorables al trabajador o beneficiario de la Seguridad Social, y por

67

Fernando Escribano Mora (28)

ello ha de entenderse que la no mención de plazo preclusivo alguno en la regulación de la ejecución provisional implica que no existe plazo para solicitarla.

La Ley anterior regulaba dos ejecuciones provisionales completamente distintas, unas las especiales ya previstas y normadas íntegramente por ella y sometidas a unos principios peculiares (no exigencia de fianza, no devolución de lo percibido en caso de revocación de la sentencia en algunos casos) y no sujetas a plazo preclusivo y otra que es la cláusula residual del Art. 303 regida por criterios distintos y reguida en la L.E.C. y por tanto sometida a la exigencia de fianza y plazo preclusivo.

La interpretación gramatical no ofrece dudas sobre su claro sentido al señalar que se debe someter a las formas y condiciones (incluido por tanto el plazo) de la L.E.C.

En el caso de que no se exista plazo, o incluso exigiéndose el plazo de 6 días, no se puede solicitar la ejecución provisional antes de que el órgano judicial tenga constancia de que se ha anunciado el recurso ya que hasta ese momento se desconoce si habrá ejecución definitiva o provisional.

D. Procedimiento. Fianza

Como en los supuestos de ejecución provisional especiales, la del art 303 tiene que ser solicitada a instancia de parte, si bien, una vez instada, se tramitará de oficio dictándose al efecto las resoluciones y diligencias necesarias (Arts. 239 de la LRJS. y 385 de la L.E. C.)

En los casos de los anticipos reintegrables no se exigía fianza al trabajador ya que el Estado contraía solidariamente con el productor la responsabilidad de devolución del anticipo (Arts. 287.1º. 288.1º y 290.1º de la LP.L), en las prestaciones de Seguridad Social el beneficiario no tenía obligación de devolver lo percibido (Art. 292.2º de la L.P.L.) debido ello a que el pago de la prestación se efectúa por la Tesorería que asume estas posibles pérdidas; en la ejecución provisional del despido la fianza no se exige ya que el empresario siempre puede compensar los salarios abonados con la contraprestación de servicios.

Ya fue criticado por Alonso Garcia (27) la no exigencia de fianza ante la ejecutividad inmediata de las sentencias colectivas.

La remisión que el Art. 303 hace a la L.E.C. nos conduce a examinar el requisito de la fianza que contemplan los Arts. 385 y 1.723 de la L.E.C.

Por lo que respecta a la dinámica del procedimiento de solicitud de ejecución provisional y constitución de la fianza es necesario distinguir varias etapas en la concentrada redacción del Art. 385 y así se puede distinguir:

1.a etapa: Solicitud de ejecución provisional y ofrecimiento de constitución de

68

fianza o aval bancario. Esta petición se deberá efectuar en el plazo de los 6 días siguientes a la notificación de la providencia teniendo por anunciado el Recurso de Suplicación.

2.a fase: El órgano judicial en el plazo de los 6 días siguientes dictará auto accediendo o no a la petición y pronunciándose sobre la suficiencia o no de la garantía prestada. Por las razones que apuntaré y que ocasionan la dificultad de precisar el importe de la garantía suficiente puede ser conveniente que antes de pronunciarse sobre la suficiencia de la fianza se cite a una comparecencia incidental a las partes con el fin de concretar los posibles perjuicios en caso de revocación de la sentencia. Estimo que por analogía con la técnica, subsanatoria de la demanda si el Juzgado estima insuficiente la garantía ofrecida se debe conceder al ejecutante un plazo de 4 días para que la amplie la garantía ofrecida.

3.a fase: En el plazo de los 3 días siguientes a la notificación del auto anterior y de haberse accedido a la ejecución provisional, el trabajador o beneficiario habrá de constituir debidamente la fianza o el aval ofrecido.

Por lo que hace referencia a la cuantía de la fianza, el Art. 385 la fija en el importe de lo percibido, este módulo no es de aplicación ya que como vimos no se trata de sentencias que impongan condenas dinerarias. Por lo que el criterio orientador será el que a continuación fija dicho precepto en el importe de «los daños, perjuicios y costas que ocasionara a la otra parte».

Debido a los problemas de cuantificación de dicha suma ya he adelantado la conveniencia de que se fije dicha suma tras la oportuna comparecencia incidental en la que se intentará fijar la repercusión económica en caso de revocación de la sentencia que tendría, el anticipar la prestación reconocida en el fallo.

La exigencia de fianza choca con los principios inspiradores del proceso laboral y con el carácter compensador de desigualdades económicas y jurídicas que tiene el procedimiento social al que la propia Ley de Bases en su Exposición de Motivos y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha hecho referencia en múltiples ocasiones.

Ya la Exposición de Motivos de la Ley 34/84 de 6 de agosto apuntó los peligros y la posible «injusticia» de la exigencia de fianza para permitir la ejecución provisional al señalar que no obstante los beneficios de dicho instituto «(se ha de proceder con cautela ya que resulta favorecido quien tiene medios económicos disponibles o solvencia para anticipar los efectos del fallo»,

El órgano competente para decretar la ejecución provisional será el *Juzgado de lo Social o la Sala según quién haya dictado la sentencia y así se pueden distinguir dos situaciones:*

- Resolverá la ejecución provisional el Juzgado o la Sala de lo Social si ellos dictaron en instancia la sentencia estimatoria de la pretensión del trabajador o beneficiario de la S. Social.
- Será competente la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia si el Juzgado dictó sentencia desestimatoria de la pretensión y la Sala estimando el

recurso del trabajador revoca la sentencia, estimando la demanda por la demandada se recurre en casación por unificación de doctrina.

Aspecto importante en la cláusula general del Art, 303 es que no estamos ante un *derecho absoluto* del trabajador o beneficiario a que en cualquier caso se ejecute provisionalmente la sentencia, como ocurre con los anticipos, las prestaciones de \$, Social, los despidos y las sentencias colectivas y de tutela de derechos fundamentales; sino que nos encontramos ante una facultad del órgano judicial que debidamente razonado puede estimar que no procede la ejecución provisional. En efecto los Arts. 385.2° y 1.722 de la L.E.C. emplean la expresión «*podrán ejecutarse*».

El módulo para la concesión de la ejecución provisional será el considerar, si el perjuicio que pudiera irrogarse con su ejecución no sería irreparable (Art, 385 párrafo 2° de la L.E.C.). Como que entramos en el terreno de lo futurible e hipotético que sólo ocasiona inseguridad. Por otro lado es de destacar que la posibilidad de ejecución parcial de la sentencia respecto a los pronunciamientos no impugnados (Art. 242 de la LRJS puede condicionar la ejecución provisional ya veces imposibilitarla.

Es preciso distinguir dos supuestos.

Si la sentencia estima en parte la demanda del trabajador o beneficiario de la S. Social y éste recurre lo oportuno es hacer uso de la ejecución parcial respecto al pronunciamiento no impugnado y no de la ejecución del Art. 303.

Por el contrario si la sentencia estima íntegramente la demanda y el que recurre es el empresario pero aquietándose a parte de la condena, podrán entrar en juego las dos ejecuciones, la parcial para el pronunciamiento no combatido por el empresario en su recurso y la provisional para el impugnado.

Todo este juego de la ejecución parcial puede ser fácil en sentencias de condena líquida pero se torna complejo en sentencias que contienen otros pronunciamientos de condena no dineraria y obliga a un minucioso estudio de los escritos de interposición e impugnación del Recurso de Suplicación.

Por último señalar que la única resolución en la que se puede solicitar la ejecución provisional, es la sentencia, no otra resolución como la providencia o el auto. En la fase declarativa no hay problema ya que si termina con condena, ésta vendrá recogida en una sentencia.

Las providencias y autos que se dicten en ejecución de sentencia se deberán llevar a efecto no obstante su impugnación no por imperativo de una ejecución provisional que no se extiende a las sentencias, sino por aplicación de lo dispuesto en el Art. 244 de la L.P.L.

LA EJECUCION EN EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA LEGALIDAD ORDINARIA.

Como señala el TC en S. de 8 de febrero de 19931, siguiendo la doctrina contenida en pronunciamientos anteriores, «el derecho a la ejecución de las sentencias forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ya

que, de lo contrario, las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconozcan o declaren no serían sino meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna» .

1. Conexo con él, el «derecho a un proceso sin dilaciones indebidas», garantizado en el art 24.2, «si bien no se confunde con el derecho a la ejecución de las sentencias se halla en interna relación con él, pues es claro que el retraso injustificado en la adopción de las medidas de ejecución afecta en el tiempo a la efectividad del derecho fundamental» (S.T.C de 6 de febrero de 1999.

Tales pronunciamientos constitucionales y, por supuesto, los preceptos a los que interpretan, sirven de pórtico a las medidas ejecutivas contenidas en normas dictadas. Precisamente en desarrollo de la Carta Magna, para prestar acogida a los principios democráticos y las garantías inspiradoras de nuestro ordenamiento jurídico. Introduciendo en ocasiones significativas novedades, en tanto en otras se conservan vestigios de la normativa precedente. Pero, en todo caso, dichos preceptos son el núcleo embrionario de las disposiciones dictadas en desarrollo de la Constitución, en materia jurisdiccional y procesal, que abocan a la reforma procesal llevada a cabo por el R.O. Legislativo 521/1990 de 27 de abril, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral en el que se diseña el cauce por el que discurre la ejecución de las sentencias en los distintos conflictos sociales y más concretamente se acomoda la ejecución de las sentencias por despido.

Prescinde ahora de las circunstancias externas que pudieron incidir sobre el contenido de dicha Ley y aun de concreta formación legislativa , es lo cierto que, en lo relativo al tratamiento dispensado a la fase de ejecución del proceso, resultan significativos, como expresivos del precepto constitucional, de una parte, el art 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que constituye «una aplicación enérgica del sistema de ejecución de sentencias y en concreto de las técnicas para la ejecución forzosa de las mismas» y, de otra parte, la Ley de Bases de Procedimiento Laboral cuya pretensión, manifestada en «lograr la más ajustada realización práctica del derecho constitucionalmente reconocido a la tutela judicial efectiva», se inspira en «los criterios que sobre el contenido de este derecho con garantía constitucional ha elaborado el Tribunal Constitucional... en su función de interprete supremo de la Constitución» y se instrumenta mediante una breve referencia tan sólo tres bases, Título IX, bases trigésimo octava (ejecución de sentencias firmes), trigésimo novena (contenido de la ejecución) y cuadragésima (ejecución provisional de sentencias)-, a la actuación coactiva de los pronunciamientos judiciales de condena.

Si bien, como novedades fundamentales tendentes a agilizar y hacer efectivo el principio de tutela judicial efectiva, prevé medidas como la acumulación de títulos de un mismo deudor (bases 11.5 y 11.6), la instauración de Juzgados exclusivos de ejecución (base 38.3), soluciones de proporcionalidad y no prioridad ante la insuficiencia de los bienes del ejecutado base 39.2) o la extensión de ejecuciones provisionales a procesos de nuevo cuño, como los de naturaleza colectiva o sindical (base 40) ; es lo cierto que las previsiones en materia de ejecución quedan limitadas básicamente al enunciado de principios

ya tradicionales en el proceso de ejecución laboral -inicio a instancia de parte, impulso de oficio, prohibición de transacción o renuncia-, a la previsión de una específica modalidad en materia de despido, o a la simple declaración de posibles figuras a adoptar -«la ejecución se llevará a efecto en los propios términos establecidos en la sentencia»- con total ausencia de los posibles indicios que hubieran de conducir su concreción.

Sea como fuere y aun cuando pudiera objetarse a tales observaciones que, tratándose de una ley de bases su concreta articulación corresponde a textos posteriores dictados en su desarrollo, no puede pasarse por alto la insatisfacción manifestada por ciertos sectores doctrinales al comprobar la adherencia mantenida en algunos aspectos relevantes en materia de despido «respecto de la Ley Laboral vigente» , o cómo una ley, que pretendía dar cumplida satisfacción a la necesidad de reforma del proceso laboral en su globalidad , circunscribía su potencial innovador a la introducción de ciertas materias porque en lo relativo a otras, en las que ocupa un lugar destacado la ejecución de sentencias, «no ha hecho más que lo que cabría esperar de una delegación para refundir, mostrando de este modo, su especial conformidad con el sistema legal hasta ahora vigente».

No obstante, pese a tan parcas y en ocasiones escasamente innovadoras referencias en las que -se ha dicho- «no resulta fácil al estudioso encontrar un apoyo bastante para el amplio desarrollo que al apremio se ha conferido en el texto autorizado» , debe alegarse en descargo de esta norma que «no es una norma cerrada en sí misma y autosuficiente como fuente primaria de regulación del proceso laboral». Antes bien, «se trata de una pieza más del conjunto ordinamental en el que, aparte de ella, trascendiéndola y dándole sentido, debe tenerse en cuenta la Constitución misma, la Ley Orgánica del Poder Judicial y los principios generales que dan sistematicidad y armonía a este conjunto» 16.

Por las razones apuntadas, no puede desconocerse que tales precedentes determinan el contexto en el que se desenvuelve la Ley 521/1990 (en adelante TALPL), hoy refundida por el R.O. Legislativo 2/1995, de 7 de abril (en adelante TRLPL) . En aquella norma se hallan los criterios que, en desarrollo de la anterior (LBPL), presiden la regulación de la ejecución de sentencias, respecto de la que, sin perjuicio de ulteriores precisiones, se introducen importantes novedades. La normativa laboral anterior se hallaba excesivamente vinculada al modelo procesal civil y, puestas de relieve algunas insuficiencias de este último en general y en las cuestiones laborales en especial, tales como su excesiva monetización y también la escasa relevancia de los terceros en su desarrollo-, el TLRJS, al tiempo que, insiste en la remisión global a la LEG, respecto de la que se distancia en su sistemática , opera un reforzamiento de los mecanismos de ejecución y parece llamada a garantizar un mayor nivel de cumplimiento de las sentencias laborales.

De otra parte, dicha norma parece abocada a «procesalizar» la teoría de los privilegios salariales en la medida en que la práctica judicial de 1ª ejecución social exigirá en adelante un conocimiento multidisciplinar de la materia, ya que

tales privilegios, por su propia contextura cobran sentido al compararse con las preferencias de que disfrutaban los créditos no laborales.

De todo ello, se desprende, en primer lugar, que la ejecución ha de ser necesariamente contemplada desde la perspectiva del proceso en el marco constitucional y, en consecuencia, desde la perspectiva de que la tarea de ejecutar lo juzgado es un «quehacer constitucionalizado» y el órgano judicial soporta un «deber (asimismo) constitucionalizado de ejecutar eficazmente sus propias resoluciones» (art. 117 CE). No obstante, desde esta óptica, tales premisas se compatibilizan con el deber de colaboración en la ejecución de lo resuelto, dirigido a terceros y al propio ejecutado que, además queda sujeto en su comportamiento a las reglas de la buena fe (art. 11 LOPJ). En este contexto, la ejecución procesal adquiere rango de «valor constitucional primario» al que pueden contraponerse otros (vid. arto 247.2 LRJS); pero que debe coordinarse con el sistema protector del deudor ejecutado, de claro soporte constitucional, a través del principio de Estado social y democrático de derecho (art. 31 CE) y que tiende a garantizar al ejecutado para la subsistencia y respeto "de su dignidad".

En segundo lugar, se extrae que esa perspectiva constitucional alcanza fundamentales ecos en la *instauración de un nuevo proceso de ejecución en lo laboral* de características singulares, fuertemente impregnado por ella. La transformación se plasma no sólo en el abandono de la ya clásica estructuración de la ejecución civil -que para la ejecución ordinaria, básicamente encaminada a hacer efectiva la condena dineraria, apenas contemplaba especialidad alguna respecto de la LEC a cuya remisión se tendía en pleno, en tanto que las especializadas eran las impuestas por la materia tratada: despidos y Seguridad Social (en la ejecución definitiva), los anteriores más los anticipos reintegrables sobre condenas dinerarias al empresario (en la ejecución provisional)- para introducir previsiones que, a menudo contrarían lo normado para el proceso civil-común; sino también, en la modalización de ciertos principios comunes al proceso ejecutivo en general que prestan a aquel rasgos definitorios propios.

Aun más, precisamente este abandono de alguna de las pautas comunes que permite hablar de la ejecución «de sentencias y otros títulos», que poco tienen que ver con los que bajo el título ejecutivo enumera el arto 1.429 LEC, determina que, en lo laboral, pierda sentido la polémica sostenida entre los procesalistas en tomo a la naturaleza del llamado juicio ejecutivo ; en la medida en que tales ejecuciones, las de «todos» estos títulos pueden llevarse a efecto «por los trámites de ejecución de sentencias» (arts. 68 y 84.4); expresión con la que nuestro legislador parece configurarlos como auténticos títulos de esta clase.

Por último, todo ello conlleva una fuerte conexión de las normas sustantivas y procesales. No en vano se afirma doctrinalmente que una de las características identificativas del proceso de ejecución radica en que «el derecho material protagoniza todo el proceso desde el primer acto ejecutivo» y, en definitiva, es claro que debe acudir al Derecho material o sustantivo para encontrar los

preceptos a los que deben acomodarse determinados actos, sin que por ello adquieran naturaleza procesal .

Esta conexión es todavía mayor, si cabe, en los temas laborales, sindicales o de Seguridad Social y, más concretamente, en el primero de los casos, en la ejecución relativa a las sentencias por despido en que aquella condicionará la concreta actividad ejecutiva en supuestos en que se pretenda obtener el cumplimiento de la obligación de readmitir al trabajador en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido (arts. 55 y 56 TRLET en relación con los arts. 239 y 276 y sgts. TRLPL). Se estrecha en materia sindical, cuando se trate de obtener el cese inmediato del comportamiento antisindical y la reposición de la situación anterior a producirse el mismo (art. 180.1 TRLPL en relación con la LOLS) o, en cuestiones de Seguridad Social al detenninar si por la Entidad Gestora se abonan al beneficiario correctamente las prestaciones del régimen público de Seguridad Social a cuyo pago fue condenada la sentencia que se ejecute .

No obstante, conviene tener presente que el contenido del texto articulado, en especial en lo que a la regulación de la ejecución de sentencias por despido se refiere, apura todavía más la compleja interconexión de institucionales materiales y procesales.

En este sentido, señala Escartin (22) que «si existen supuestos en los que el régimen jurídico sustantivo o material de una figura puede ser objeto de estudio completo y acabado, separado de los mecanismos procesales a través de los cuales puede exigirse el respeto de los correspondientes derechos, en el caso del despido, por el contrario, ello es totalmente inviable» . Por esta razón el estudio de la fase declarativa de la modalidad procesal por despido aparece íntimamente unido a la fase de ejecución específica, tanto en su vertiente definitiva (ejecución de sentencias firmes) como en la provisional.

Ejecucion y proceso: Fase Declarativa y Ejecutiva, diferencias estructurales y funcionales

Siguiendo la dogmática tradicional y con valor de generalidad puede decirse que el proceso de ejecución es aquel por el que se pide del órgano jurisdiccional una manifestación de voluntad, una conducta determinada, distinta de la declaración que caracteriza los procesos de cognición, para hacer efectiva una pretensión reconocida *por un* título ejecutivo . De él conoce «con carácter exclusivo la Sala sentenciadora» en fase de cognición (S. TC 4/1 993 de 8 de febrero) -en este caso, la jurisdicción del orden social-, a quien corresponde la función de adoptar las medidas necesarias para el efectivo cumplimiento de lo mandado, en ejercicio del mandato contenido en el art 117.3 CE que le confiere la potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (SS. TC 28/1989 de 6 de febrero y 4/1988 de 21 de enero 30); sin que pueda acudir a un orden jurisdiccional distinto para lograr la ejecución de una

69

sentencia ignorando las garantías específicas, el orden jurisdiccional y el proceso adecuado que la Ley otorga para el obligado a cumplirla (S. TC 206/1989, de 14 de diciembre) .

El proceso está presidido por la fuerza del título ejecutivo del acreedor ejecutante en cuyo favor y a cuya instancia se inicia generalmente el proceso y cuyo interés es el dominante. El objeto de la ejecución es la pretensión ejecutiva y el fundamento de ésta es siempre el título ejecutivo que por sí sólo establece el hecho relevante para fundar la petición, individualizándola de las demás ; de ahí que, «con ocasión de los incidentes de ejecución no sea posible resolver cuestiones que no hayan sido abordadas ni decididas en el fallo o con las que éste no guarde una inmediata o directa relación de causalidad, pues de otro modo no sólo se vulnerarían las normas legales que regulen la ejecución, sino que podría resultar menoscabado, asimismo, el derecho a la tutela judicial efectiva de las otras partes procesales o de los terceros» (S. TC 120/1991, de 3 de junio).

En este sentido, el interés ejecutivo del acreedor ejecutante, aunque ascendiente, se halla sometido a limitaciones enderezadas hacia la protección de determinados intereses del deudor ejecutado, de terceros e, incluso, de los trabajadores de la empresa si ésta es la apremiada 35.

De esta descripción se desprende que los actos a los que la ejecución se reconduce tienen naturaleza procesal y que la respuesta del órgano jurisdiccional depende de que la pretensión del actor aparezca fundada en el Derecho objetivo; por tanto, forma parte del proceso como institución. No obstante, esta naturaleza jurisdiccional 36 y procesal de la ejecución no implica ni una conexión inescindible entre las fases procesales de declaración y ejecución, ni una organización y funcionamiento coincidentes.

Simplificando sobre la sucesión de actos procesales, pudiera decirse que el órgano judicial primero *declara* el derecho y posteriormente lo *ejecuta*, de manera que la declaración aparece como «el grado previo de la tutela judicial» y la ejecución como el núcleo de esta tutela» .

No obstante, existen procesos de ejecución con proceso de declaración previo en los que no existe decisión judicial porque se obtuvo una avenencia extrajudicial entre las partes (arts. 84.3 y 68, respectivamente, TRLPL) y puede haber un proceso de declaración no seguido de ejecución en la medida en que la tutela judicial puede, como regla, alcanzarse a través del simple ejercicio de la función jurisdiccional de declaración, cuando se trate de sentencias meramente declarativas o de sentencias constitutivas que crean, modifican o extinguen un estado o situación jurídica.

No será tampoco necesaria la función jurisdiccional ejecutiva cuando la sentencia sea absolutoria, o siendo condenatoria sea cumplida voluntariamente por la persona obligada (cumplimiento voluntario o ejecución voluntaria) .

No obstante, advertido ya el carácter general de la afirmación según la cual la ejecución sigue a la fase declarativa, a diferencia de lo sucedido en otros

ordenamientos como el francés -donde los *Conseils de Prud'hommes* carecen de funciones ejecutoras o el alemán -en el que tiende a concentrarse la función ejecutiva en un órgano judicial especializado (*Gerichtsvollzieher*) y sólo excepcionalmente se atribuye al Tribunal de Trabajo, nuestro Derecho afirma que es el Juez del enjuiciamiento en su grado primero o de instancia quien ejecuta lo juzgado; si bien la finalidad seguida por cada uno de los procedimientos exige una estructura distinta.

En tanto en el proceso de *declaración en la fase inicial* y concretamente a través de la demanda el accionante se constituye en parte activa y el demandado puede objetar cuanto estime conveniente para llevar al Juez al convencimiento sobre las pretensiones de las partes que se plasme en la sentencia; en la *ejecución* la pretensión del ejecutante se fundamenta en un título ejecutivo respecto del que no se solicita opinión al ejecutado, como trámite procesal formalizado.

En el *desarrollo del proceso*, mientras que la declaración se somete a una pauta esencialmente uniforme, cualquiera que sea el contenido del litigio alegaciones introductorias del actor y demandado, examen de la prueba aportada, trámite de conclusión y sentencia, salvo que exista obstáculo procesal razonable.

En la ejecución no existe secuencia única preestablecida, sino que debe estarse al sentido de la condena. Salvo la fase inicial o de apertura que suele ser común. Los actos que se suceden a continuación pueden variar en función de la obligación en apremio; de manera que si la condena es el pago de una cantidad de dinero se sucederán el embargo, la valoración de bienes, la enajenación de la titulación de la venta y el pago; si por el contrario, lo es el desalojo de la vivienda que el trabajador ocupa por razón de su contrato de trabajo, los trámites se reducirán a la conminación a que la abandone y al desalojo físico con auxilio, en su caso, de la fuerza pública.

En cualquier caso, al confrontar y contrastar las modalidades del juicio declarativo y de la ejecución procesal en el ámbito de lo social y laboral, se detecta que no todas las sentencias estimatorias o condenatorias pronunciadas en dicho proceso conllevan particularidades en cuanto a la ejecución que, en la Ley se reconducen principalmente a la insolvencia empresarial, despido, Seguridad Social y condena de los entes públicos. Antes bien, una de las características propias de las leyes; de las jurisdicciones o de los procesos jurisdiccionales especiales consiste en detraer de las leyes, jurisdicciones o procesos ordinarios la regulación, el ejercicio o la resolución de determinados asuntos jurídicos. Por eso, la «especialidad» aplicada a la ley; a la jurisdicción y al proceso reclama la atención, la referencia y la supletoriedad de lo que es general, ordinario y común.

En otras palabras, además de la separación conceptual entre declaración y ejecución, antes de adentrarnos en el estudio del proceso de ejecución de los títulos ejecutivos en materia de despido, conviene tener presente que:

1º. El Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral es una Ley procesal especial que, además de las expresas o tácitas remisiones a preceptos

concretos de la LEC, contiene también una norma general supletoria (disposición adicional Iª) que es preciso ponderar.

2º Que la Jurisdicción Laboral o de lo Social no rompa el principio de unidad jurisdiccional social proclamado por el artº 117.5 CE y la unidad de jurisdicción no es sólo armonizable con la existencia de diversos órganos jurisdiccionales: civil, laboral, administrativo, penal y constitucional, sino con las distintas manifestaciones o funciones, cautelares, declarativas y ejecutivas, que los órganos Judiciales pueden realizar.

3º Las modalidades de proceso declarativo laboral, además de corresponder a contenidos seleccionados legalmente, en buena medida impugnatorios de los actos del empresario, de los trabajadores, de la Autoridad laboral o de la Seguridad Social- se plasman en condiciones de procedibilidad, de caducidad o de prescripción extintiva de la acción, de la demanda e iniciación del juicio declarativo, de la tramitación urgente y preferente del proceso, de la firmeza ab *initio* de la sentencia . De ahí que la comprensión de la ejecución procesal en una modalidad específica. En este caso la de despido, no pueda prescindir de las connotaciones particulares de la ejecución procesal laboral frente a la ordinaria contenida en la ejecución civil, ni tampoco de las normas sustantivas en cuya aplicación se funda el título ejecutivo.

III REGULACION NORMATIVA DE LA EJECUCION PROCESAL LABORAL: SOBRE LA DICOTOMIA ENTRE “EJECUCION DEFINITIVA” Y “PROVISIONAL”

La regulación de la ejecución de sentencias en el orden social se halla contenida en el libro IV -arts. 235 a 303-, que, no obstante la distinción efectuada entre ejecución definitiva (título I -arts. 276 a 284-) y provisional (título II -arts. 295 a 300-) y la previsión de efectos singulares de determinadas sentencias en relación con los recursos que se interpongan frente a las mismas en procesos especiales de despido, Seguridad Social y relaciones colectivas de trabajo, permite extraer los principios generales del proceso de ejecución laboral, algunos de los cuales, aunque atenuados, son compartidos por el proceso declarativo ordinario, en tanto que otros los contradicen abiertamente o simplemente contribuyen a modalizar su regulación atendiendo a la forma de llevar a cabo la actividad ejecutiva.

La primera, la *ejecución definitiva*, tiene como presupuesto normal la firmeza de la sentencia, a salvo matizaciones, como las limitaciones temporales que, en cuanto a contenido y efectividad, ésta puede experimentar, o la ejecución definitiva parcial; si bien, como regla general, de una parte, basta con la declaración judicial previa recaída en un proceso declarativo e incluso, de otra parte, la función de ejecutar lo juzgado se extiende en ocasiones a determinados títulos, distintos de las resoluciones judiciales a los que la ley atribuye valor suficiente para iniciar un verdadero proceso de ejecución, pese a la ausencia de intervención judicial (conciliaciones extraprocesales y laudos arbitrales firmes) o aun existiendo ésta pese a la inexistencia de actuación declarativa previa (conciliación judicial) .

En este sentido, el art 340 ATALPL dispuso expresamente, en línea con lo razonado por algún sector doctrinal, que “las normas establecidas en este capítulo ejecución de sentencias firmes de despido serán también de aplicación a aquellos supuestos en que la obligación de readmitir venga impuesta por un título ejecutivo constituido sin intervención judicial» . El texto articulado de 1990 (arts. 63 y 68 TALPL) tan sólo atribuyó valor ejecutivo a una clase de títulos constitutivos carentes de dicha intervención: el acuerdo en conciliación ante el servicio correspondiente o ante el órgano que asuma estas funciones, sin distingos en cuanto al tipo de obligación exigible . Con posterioridad, la Ley 11/1994, mediante la incorporación de una nueva disposición adicional -séptima- y en consonancia con la redacción del citado texto legal al arto 91 LET, añade a la conciliación extrajudicial los laudos arbitrales firmes «dictados por el órgano que pueda constituirse mediante los acuerdos interprofesionales y convenios colectivos a que se refiere el arto 83 del Estatuto de los Trabajadores»; adición que se reproduce en términos literales por el TRLPL 54 bis. No en vano, parece lógico que, establecida la posibilidad de sometimiento voluntario de las partes al arbitraje, su resultado no ofrezca resistencia a la ejecución .

La segunda, la *ejecución provisional*, es una posibilidad generalizada en el Derecho comparado y supone una excepción a la regla general de firmeza de la sentencia, en la medida en que permite ejecutar sentencias pendientes de recurso_. No se trata, por lo tanto, de «un derecho fundamental comprendido- en el art 24.1 CE,- sino un derecho establecido por la legislación ordinaria, sometido por tanto, en cuanto a la concurrencia de los requisitos sobre su procedencia a la decisión de los órganos judiciales» (S. TC 80/1990, de 26 de abril). No es, tampoco, una ejecución concedida por el Juez, aunque sea éste el que cree el título ejecutivo partiendo de la sentencia de Instancia y a petición de parte , sino que tiene su origen en la propia norma legal que es la que «ha valorado la perentoriedad e importancia del interés del trabajador frente al interés del empresario a obtener la revocación de la sentencia» . El TC, refiriéndose al arto 227 de la Ley de Procedimiento Laboral de 1980, en S. 234/1992, señala que la norma legal «introduce una especie de ejecución provisional de la sentencia de instancia, que tiene por objeto proteger al trabajador en atención a su cualidad de parte más débil, agravada por la falta de empleo y salario, que lo hace más vulnerable a actuaciones abusivas o de mala fe que pudieran venir de la parte procesal contraria». Trata, por consiguiente, de evitar el *periculum in mora* respondiendo a una tradición que tiene larga historia en nuestro ordenamiento y que tiende a garantizar el disfrute de los derechos reconocidos en la instancia, finalidad que no puede considerarse ilegítima a la luz de la doctrina de este Tribunal, formando parte de la amplia tutela material que el ordenamiento laboral, tanto sustantivo como procesal otorga al trabajador (A. TC 767/1986, de 8 de octubre).

De ello deriva que el derecho a la ejecución provisional de la sentencia favorable *tiene su origen en la propia norma legal. Lo cual significa que esa ejecución tiene el carácter de procedimiento autónomo, que no puede verse afectado por el resultado del recurso*». En este sentido, la ejecución provisional se considera «autónoma del proceso principal» por entender que «el derecho del trabajador *nace ex le* de una resolución judicial que declara la antijuridicidad-improcedencia o nulidad- de la decisión empresarial de despedir.

Constituye así la ejecución provisional un proceso «autónomo», carente de fundamento *ex art 24 CE*, que permite comenzar la ejecución antes de que la sentencia haya ganado firmeza y que reviste especiales características en el proceso laboral, relativas a los plazos para instarla, la inexigibilidad de fianzas, exclusiones a la obligación de devolver lo percibido e incluso a su nota de excepcionalidad destacada en el ámbito procesal civil.

Por lo demás, aun cuando la legislación procesal laboral no establece un principio general de ejecutividad provisional de las sentencias impugnadas, habida cuenta de la aplicación supletoria de las normas contenidas en la legislación procesal civil, expresamente prevista ante la inaplicabilidad de normas laborales específicas, tal principio puede sostenerse, aunque circunscrito a las sentencias favorables al trabajador o beneficiario. En caso de ejecución provisional de sentencias condenatorias al pago de cantidades, tanto en los supuestos que afectan a cuestiones de Seguridad Social como a despidos, prevalecerán las normas específicas contenidas en el TLRJS. Sobre las relativas a los anticipos y, aun no prevista expresamente, la posibilidad, puede asimismo sostenerse la aplicación analógica a la ejecución provisional de las normas y principios reguladores de la ejecución definitiva laboral «con prioridad a la aplicación supletoria de la legislación procesal civil a cuya forma y condiciones se remite sólo en el ámbito de la ejecución provisional laboral para posibilitarla, en beneficio de los trabajadores o beneficiarios, en supuestos no contemplados en aquella» .

IV Principios informadores del proceso de ejecución en la jurisdicción social

Lo anteriormente expuesto permite a la doctrina, aun sabedora del distinto fundamento de ambos supuestos de ejecución, definitiva y provisional, extraer principios y directrices comunes a ambos, cuya visión de conjunto puede resultar esclarecedora en la medida en que algunos de ellos cobran especial relieve en el proceso de ejecución por despido donde, dada su acentuación, se convierten en elementos determinantes de la propia y peculiar configuración de dicho proceso ejecutivo.

I. La modalización de los principios de oralidad, intermediación, concentración, celeridad y contradicción

El proceso de ejecución, en los términos en que viene concebido por la norma procesal; «rompe muchos de sus esquemas con los que ha presidido la fase de cognición» . Los principios de *inmediación, oralidad, concentración y celeridad* característicos del proceso laboral y que presiden la interpretación y aplicación de las normas laborales procesales (art. 74 LRJS) no alcanzan su plenitud en todas las actuaciones del proceso de ejecución. Antes bien, se ven atenuados en la medida en que, de una parte, la pretensión de efectividad de la obligación incorporada al título ejecutivo impide la fijación de tramos temporales rígidos para el desarrollo de determinados actos de la actividad ejecutiva, en la medida en que algunos de ellos se descomponen en una multiplicidad de actuaciones concretas, susceptibles de reproducirse en el tiempo hasta tanto no quede

plenamente cumplida la obligación y, de otra, existen ciertas actuaciones que se realizan por escrito. No obstante, cuanto acaba de decirse no significa que en el proceso de ejecución laboral desaparezca el principio de oralidad. Antes bien, se observa el predominio de esta última, cuando menos en las actividades que han de desarrollarse para la resolución de las cuestiones incidentales que surgen en el proceso o para la sustanciación de numerosas actividades inherentes a la actividad ejecutiva. Como regla general, el procedimiento no puede responder al principio de oralidad, pues la ejecución, atendida su configuración, es predominantemente escrita. No obstante, cuando en el proceso ejecutivo se intercala una actividad declarativa, para la misma deberá estarse a la oralidad .

En este sentido se prevé la posibilidad de que el órgano judicial cite a las partes o a los terceros interesados a comparecencias en las que, ante el Juez, se efectúen alegaciones y pruebas sobre cuestiones debatidas entre las partes o éstas con terceros, se determinen plazos medios y medidas para llevarlas a efecto y se decidan cuantas cuestiones se planteen, asignándose con ella competencia concentrada ante el Juez o Tribunal ejecutor, como regla para la resolución de los incidentes que se planteen en ejecución todo lo cual permite razonar que el LRJS ha desarrollado un esfuerzo notable para potenciar la incidencia de la oralidad en la ejecución laboral» y consecuencia de ello es una normativa muy flexible, de la que, a menudo, salen reforzados los principios de inmediación, concentración y celeridad.

De otra parte, el *principio de contradicción* o audiencia bilateral se ve atenuado en la medida en que, prescindiendo de las actividades no estrictamente ejecutivas o de los incidentes declarativos, partiendo el proceso de un título ejecutivo cuyo contenido debe ser respetado ya no puede volverse sobre la discusión de hechos anteriores a su constitución , limitando así la posible oposición procesa y determinando que ciertos actos se realicen sin audiencia del ejecutado como medio para obtener una mayor celeridad y eficacia en la actuación ejecutiva. Todo ello, por supuesto, con el debido respeto al principio de tutela judicial efectiva en el que se integra el propio derecho a la ejecución (SS. TC nº 194/1993, de 14 de julio; nº 245/ 1993, de 19 de julio; nº 247/1993, de 19 de julio , que implica «el de ejercitar en esta fase del proceso la defensa correspondiente a protección de los propios derechos e intereses, cuando tal defensa resultará necesaria (S. TC 176/85, de 17 de diciembre 71 y sin perjuicio de la existencia de regulaciones específicas -entre las que se cuenta el incidente de no readmisión y el de ejecución de sentencias frente a entes públicos- o de supuestos concretos en los que se articula la audiencia e intervención de terceros.

2. Ausencia de gratuidad y asimetría de las partes.

Otra de las características del proceso de ejecución laboral frente al proceso declarativo -esta vez en franca contradicción con este último- es que *no rige el principio de gratuidad* que el art 25 c) LRJS extiende únicamente «hasta la ejecución de la sentencia», como ya lo hiciera la regulación anterior; si bien, se contienen preceptos específicos sobre partidas incluíbles, abonos e impugnación, debiendo estarse en lo no expresamente regulado a la

supletoriedad de la legislación procesal civil. De la ausencia en el TRLPL de precepto alguno que excluya la no gratuidad en la ejecución de sentencias en favor de quienes tengan derecho a litigar gratuitamente, se deduce que «los trabajadores, los beneficiarios del régimen público de Seguridad Social o las Administraciones públicas, de ser ejecutados, deberán abonar como regla general las costas causadas en ejecución» (Auto del J. S 5.º de Barcelona de 9 de junio de 1992); ello sin perjuicio de otros problemas que sobre distintas cuestiones interpretativas plantea la conexión del proceso procesal laboral con la norma generalizadora de suplencia.

Marcando diferencias de nuevo respecto del proceso declarativo, en la ejecución no puede sostenerse con absoluto rigor la existencia de dualidad de partes en igualdad. Antes bien, se impone la asimetría de éstas por cuanto, en primer lugar, la situación de ambas es desigual al hallarse el ejecutante en posición de superioridad respecto del ejecutado y el órgano judicial ejecutor, lejos de ser imparcial, es titular de la potestad ejecutiva sobre el patrimonio ejecutoriado. Todo ello, pese a que los trámites del proceso pretendan un equilibrio compensador consistente en actuar la sanción ordenada por el título ejecutivo, dentro de los límites de éste y el máximo respeto a los derechos del responsable, a quien habrá de causarse la afcción mínima indispensable para conseguir el objetivo restaurador perseguido.

Frente a ello, una vez más, el proceso de ejecución laboral se distancia de los planteamientos ejecutivos clásicos y, en una más ajustada conformidad con los principios constitucionales, atenúa la desigualdad de las posiciones de las partes mediante diversos resortes, reduciéndose a lo imprescindible para obtener y asegurar el cumplimiento de la obligación que se ejecuta. La multiplicidad de comparecencias, las distintas posibilidades de discutir el alcance de sus incumplimientos proliferan en la legislación laboral y el aumento de las medidas de salvaguarda de la efectividad de la ejecución conducen a un mayor equilibrio en la situación de las partes en el proceso y, «al cabo, a la propia contradicción, precisamente porque las medidas previstas en la ley se pueden calificar como sanciones en sentido estricto, en las que se encuentra comprometida la esfera patrimonial del ejecutado más allá del ámbito y por conceptos distintos en que tradicionalmente lo ha estado». En este sentido, se impone la notificación al ejecutado en las mismas condiciones que al ejecutable y demás interesados de cuantas resoluciones y diligencias de ordenación se dicten, con la excepción prevista en el art 54 LRJS.

Asimismo, las posibles excepciones a la igualdad de posición procesal de las partes no pueden comportar indefensión para el ejecutado; por lo que el cumplimiento de lo dispuesto en el art 24.1 TLRJS, correspondiente al desarrollo de la Base 7.2 LBPL contribuyen a paliarla.

3. El principio dispositivo o de oportunidad. Manifestaciones y límites. Los principios de impulsión de oficio y la prohibición de transacción o renuncia

Cuestión distinta de las anteriores y que contribuye asimismo a caracterizar la ejecución laboral es que la ley mantiene el *principio dispositivo o de*

oportunidad, previendo el inicio de la ejecución a instancia de parte (art. 239 LRJS), toda vez que la ejecución en este ámbito, como en el proceso civil, no es un proceso de estricta necesidad. La prestación adeudada por virtud del correspondiente título puede ser cumplida voluntariamente por el obligado y, además, corresponde a la parte dilucidar si la ejecución resulta el cauce idóneo para la defensa de sus intereses . No obstante, siguiendo el principio general de que toda regla tiene su excepción ésta la constituyen los procedimientos de oficio «cuya ejecución se iniciará de este modo» .

Parte legitimada para instar el inicio de la ejecución es generalmente el acreedor, si bien puede serlo el deudor o el responsable subsidiario 94; supuestos que alcanzan particular significación en la ejecución de sentencias por despido, sobre las que más adelante se volverá y en los de intervención del FOGASA, cuya legitimación activa para solicitar el inicio de la ejecución en la que pueda resultar responsable legal subsidiario se extrae de la jurisprudencia constitucional (S.60/1992, de 23 de abril) propia normativa procesal laboral (arts 24 y 79) .

Manifestación del principio dispositivo en lo que a desarrollo del proceso se refiere, es la posibilidad de paralización o suspensión de la ejecución a instancia expresa o tácita de la parte ejecutante -salvo que se trate de una ejecución derivada de procedimiento de oficio-. Prevista en el art 242 LRJS que introduce la posibilidad de que la ejecución pueda ser suspendida cuando así lo establezca la ley, la actuación de dicha posibilidad no afectará a la prescripción de la acción ejecutiva, así como tampoco a la posibilidad de concesión condicionada de aplazamientos al cumplimiento inmediato de la obligación que se ejecuta y que pueden ser impuestos judicialmente en los supuestos previstos por el art 245 LRJS.

En cualquier caso, la suspensión o aplazamiento de la ejecución encuentra importantes limitaciones en los frecuentes supuestos de acumulación de ejecuciones 100, en los límites normales al ejercicio de todo derecho (S, TC 61/1992, cit. y 4/1988 de 21 de enero), en los posibles perjuicios causados a otros acreedores o a terceros, que podrán oponerse a la suspensión, justificando interés legítimo, y solicitar la adopción de las correspondientes medidas garantizadoras , en el propio principio de continuación o impulsión de oficio, que manifiesta con especial nitidez la tendencia de la legislación laboral a asegurar su propio cumplimiento incluso frente a la propia voluntad del interesado , y conforme al cual, «instada la ejecución, el interesado pierde su dominio, siguiéndose de oficio todas las actuaciones hasta el final de la actividad ejecutiva» o, finalmente, en la prohibición de transacción o renuncia de los derechos reconocidos por sentencias favorables al trabajador (art. 245 TRLPL, actual artículo 246 LRJS) .

De todo ello, apoyándose en las resoluciones de nuestros Tribunales y en la vigente legislación procesal se extrae el principio de excepcionalidad de la suspensión del proceso de ejecución, o si se quiere, desde una perspectiva diferente, el de *colaboración activa del ejecutado* que se integra, como más adelante se verá, con el de impulsión de oficio cuando se concede al Juez

facultades para iniciar, de oficio, las pertinentes averiguaciones de bienes dentro de los límites del derecho a la integridad personal (art. 248), pudiendo emplearse apremios pecuniarios para conseguir su cumplimiento (art. 239.2 TRLPL) Y que encuentra su máximo exponente en las ejecuciones dinerarias (arts. 246 y sgts.), donde se contienen normas tendentes a imponer al ejecutado los deberes procesales de veracidad y probidad -el ejecutado esta obligado a efectuar... manifestaciones sobre sus bienes o derechos con la precisión necesaria para garantizar sus responsabilidades» (art. 249.1 LRJS)-, en evitación de actitudes pasivas.

No obstante, el Tribunal Constitucional extrae del art 118 CE la necesidad de que las resoluciones sean cumplidas «con la necesaria diligencia, sin obstaculizar el cumplimiento de lo acordado» y cuando «tal obstaculización se produzca ha de adoptar las medidas necesarias para su ejecución» (s. TC 149/1989, de 22 de diciembre), «para impedir lo que expresivamente el TS ha calificado como la insinceridad o desobediencia disimulada» (S. 167/1987, de 27 de octubre).

De cuanto se ha dicho se desprende, asimismo, la coexistencia, cuando no interrelación, del principio dispositivo con los principios de impulso de oficio y de prohibición de transacción o renuncia. El primero de ellos, se contempla genéricamente en el art 237.2 LRJS -iniciada la ejecución «la misma se tramitará de oficio dictándose al efecto las resoluciones y diligencias necesarias»-, se concreta en diversos preceptos tendentes a reforzar las facultades de dirección del órgano judicial ejecutor (árts. 239, 247, 248, 250, 251, 252 a 257, 259, 261 o 285) y queda subrayado en el proceso de ejecución laboral respecto del civil 109, en especial en lo relativo a la posibilidad de imposición judicial de *apremios pecuniarios y multas coercitiva* para obtener el cumplimiento de las obligaciones legales impuestas en una resolución judicial.

De conformidad con lo dispuesto en el art 18.2 LOPJ el *Juez* podrá imponer apremios pecuniarios a la parte procesal que consienta innecesariamente el trascurso del plazo concedido sin efectuar lo ordenado para obtener el cumplimiento de la obligación que se ejecute (art. 239.2 y 3) cuya cuantía se determina en atención a determinadas variables previstas en el precepto.

Asimismo, se prevé la imposición de multas coercitivas a «quienes, no siendo parte, incumplan injustificadamente los requerimientos tendentes a lograr la debida y completa ejecución de lo resuelto o para obtener el cumplimiento de las obligaciones legales impuestas por una resolución judicial»; siendo éste uno de los preceptos sustancialmente modificados por la corrección de errores del TLRJS en la que desapareció la posibilidad concedida al juzgador en el Proyecto y Anteproyecto de aumentar hasta el doble del interés anual devengable sobre las cantidades adeudadas «en atención al perjuicio causado por el incumplimiento» .

El segundo de los principios conexos con el principio dispositivo, el de *prohibición de transacción o renuncia de los derechos reconocidos por sentencias favorables al trabajador* (art. 245) acusa una importante limitación

derivada de su ubicación sistemática que lo restringe a la ejecución definitiva, a diferencia de lo sucedido inicialmente, cuando la Ley de 10 de noviembre de 1942, relativa a los anticipos reintegrables recogía el principio en los supuestos de ejecución provisional. Así pues, el principio se reconduce a los derechos reconocidos por sentencias *firμες* cerrándose el paso a transacciones que hubieran sido posibles de aplicarse la legislación civil común (art. 1.819 Cc.) y que desde perspectivas flexibilizadoras, mediante la traslación de planteamientos sustantivos -entre ellas la interpretación efectuada por la doctrina y la jurisprudencia del art 3.5 LET- al ámbito procesal propugnan ciertos sectores doctrinales .

Con todo, el art 246 que completa el amplio abanico de preceptos que integran el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales, aun sin perder su virtualidad, atenúa su rigor mediante el propio principio dispositivo toda vez que, iniciado el proceso generalmente a instancia del trabajador y siendo éste el directamente favorecido por dicha norma de cuya protección queda fuera el empresario, basta con la pasividad de aquel para producir lo que ya se ha denominado una «cuasi-renuncia-tácita» que el precepto no impide y que, afectaría a «derechos ciertos».

Por lo demás, planteado en sede doctrinal el problema de si una vez alcanzado acuerdo en conciliación y aprobado por el Juez, que impedirá la celebración del juicio, es posible que el trabajador transija o renuncie a derechos reconocidos en su favor en la conciliación judicial, parece defendible la aplicabilidad de la nonna prohibitiva atendiendo a su finalidad (art. 4.1 Cc.) y a la naturaleza judicial del acuerdo alcanzado y aprobado ante el órgano judicial que alcanza eficacia de cosa juzgada entre las partes y que provoca la terminación del proceso con posibilidad de exigir su cumplimiento por los trámites de ejecución de las sentencias (arts. 1.816 CC., 86.2 y 4 y 87.1 TRLPL). Cuestión distinta es que se trate de derechos reconocidos en una conciliación extrajudicial por cuanto, si bien esta última goza también de autoridad de cosa juzgada entre las partes y es admisible que se lleve a efecto por los trámites de ejecución de las sentencias, la ausencia de aprobación judicial del contenido de las mismas podría privar pe un argumento esencial en favor de la extensión de la irrenunciabilidad.

Con todo, el principio comentado plantea su problemática más centrada, en relación con la ejecución de las sentencias por despido, sobre la que se volverá más tarde, en los supuestos en que la sentencia que constituye el título ejecutivo condena al empresario a la readmisión cuando el trabajador pretenda renunciar o transigir aceptando una indemnización sustitutoria. En ellos y sin perjuicio de reflexiones posteriores, al menos cuando la sentencia deba ser ejecutada «en sus propios términos», parece que la voluntad empresarial -o aun del trabajador o el mutuo acuerdo, no alcanza virtualidad suficiente para sustituir la obligación de cumplimiento «in natura» por la indemnización equivalente, salvo que exista y se acredite la imposibilidad física o jurídica de readmitir al trabajador.

4. El principio de congruencia y la ejecución de las sentencias en sus propios términos, Las medidas coactivas y el cumplimiento de la obligación Especial atención merece, de otra parte, el *principio de congruencia*, implícito en la jurisprudencia constitucional, y que concede al título ejecutivo «una función delimitadora del ámbito material de la ejecución condicionando la congruencia de la misma», acorde con la cual se muestra el propio TRLPL que, excepcionalmente, permite el recurso de suplicación o casación frente a autos que, dictados en ejecución resuelvan)) puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, no decididos en la sentencia o que contraríen lo ejecutoriado) (arts. 191.2 y 206.2 TRLPL).

Intimamente relacionado con el anterior se halla el principio de cumplimiento de las *sentencias en sus propios términos*, que cobra especial significación en el proceso laboral vigente. En él se atenúa la virtualidad aplicativa de los arts. 924 y 925 LEC, que en relación con las obligaciones de hacer o no hacer dejaban al arbitrio del ejecutado la posibilidad de sustituir la obligación específica incorporada al título ejecutivo por la de indemnizar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento, y se legitima el empleo de medidas conminatorias frente al incumplimiento injustificado de requerimientos judiciales tendentes a lograr la completa ejecución de lo juzgado. Se trata de mecanismos que, sin incidir directamente sobre la persona del deudor, tiendan a anular su voluntad rebelde al cumplimiento mediante la amenaza de una pérdida económica constante e ininterrumpida, coextensa con la situación de incumplimiento que ha provocado el deudor; de manera que, en la vertiente económica de las obligaciones de hacer se justifica el carácter residual de la ejecución dineraria. De este modo, salvo que concurren supuestos de imposibilidad acreditada, las sentencias deberán cumplirse en sus propios términos ; si bien, la imposibilidad deberá acreditarse cumplidamente y el cumplimiento por sustitución únicamente procederá una vez agotadas razonablemente las medidas necesarias para lograr el cumplimiento en el trámite incidental, en su caso.

Concurriendo tales razones de imposibilidad, el órgano judicial podrá sustituir la obligación contenida en el título por el equivalente pecuniario o aun por otro tipo de prestación análoga a la que hubiera resultado imposible, fijándose en todo caso, la indemnización que proceda en la parte no susceptible de cumplimiento pleno. En lo que a la prueba del cumplimiento de la obligación que se ejecuta se refiere, con fundamento en los preceptos legales correspondientes , puede sostenerse que teniendo reconocida el ejecutante la obligación cuyo cumplimiento se reclama en el título ejecutivo, corresponderá al ejecutado oponer el cumplimiento o extinción de la obligación que se ejecute incumbiéndole, asimismo, la carga de la prueba de haberlo efectuado en forma.

En este sentido, en relación con ambos principios el Tribunal Constitucional ha venido «destacando la importancia primordial que el respeto a los fallos judiciales y su efectivo cumplimiento por los poderes públicos reviste en un Estado de Derecho» (S. 28/1989, de 6 de febrero) y resulta muy significativa su doctrina al respecto, de la que se extrae: I.) «El derecho a la ejecución de las sentencias forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva,

pues de lo contrario, las decisiones judiciales no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin efectividad» (SS. TC 41/1993, de 8 de febrero; 153/1992, de 19 de octubre; 152/1990, de 4 de octubre; 28/1989, de 6 de febrero; 4/1988, de 21 de enero); de manera que «la inmodificación de las sentencias firmes integra el contenido» de este derecho y si un órgano judicial se aparta sin causa justificada de lo previsto en el fallo de la sentencia está vulnerando el arto 24.1 de la CE (SS. 152/1990, de 4 de octubre y 118/1986, de 20 de octubre) 129, como también ocurre cuando se incumple la obligación por el órgano judicial de «adoptar las correspondientes medidas que juzgue pertinentes para el efectivo -cumplimiento de lo mandado» (S. TC 28/1989, de 6 de febrero).

2.) Aun cuando la función de adoptar las medidas necesarias para el efectivo cumplimiento de lo mandado «corresponde, en principio, al órgano que hubiere dictado el acto o disposición objeto de litigio» (SS. TC 41/1993, de 8 de febrero; 28/1989, de 6 de febrero y 4/1988, de 21 de enero), cuando se incumple esta obligación, el Tribunal sentenciador -a quien el arto 117 CE confiere en exclusiva la potestad jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado- debe adoptar las medidas que juzgue pertinentes para el efectivo cumplimiento de lo mandado, pudiendo elegir libremente entre las previstas en el ordenamiento jurídico, de tal forma que, si tales medidas no se adoptaran con la intensidad necesaria y legalmente posible para remover los obstáculos erigidos, el órgano judicial vulneraría el derecho fundamental a la ejecución de las sentencias (SS. TC 28/1989 de 6 de febrero; 167/1987, de 28 de octubre; 67/1984, de 7 de junio).

3.) Con ocasión de los incidentes de ejecución no es posible resolver cuestiones que no hayan sido abordadas ni decididas en el fallo con las que éste no guarde una inmediata o directa relación de causalidad, pues de lo contrario se lesionarían derechos de la otra parte al prescindirse del debate y la contradicción inherentes a todo litigio (SS. TC 120/1991, de 3 de junio; 152/1990, de 4 de octubre; 28/1989, de 6 de febrero; 125/1987, de 15 de julio y 167/1987, de 28 de octubre) 133. Esto no quiere decir, obviamente, que la interpretación y, aplicación del fallo por el Juez de la ejecución haya de ser estrictamente literal” (S. TC 152/1990, de 4 de octubre), «en forma que desnaturalice e incluso contradiga el alcance y naturaleza de la decisión judicial que trata de ejecutarse, sino que puede tratarse, de una interpretación razonada de la sentencia a ejecutar y de los correspondientes preceptos legales (S. TC 189/1990, de 26 de noviembre) o que permita inferir del fallo sus naturales consecuencias en relación con la *causa petendi* y en armonía «con el todo que constituye la sentencia (S. 148/1989,; «pero respetando en todo caso los límites de la pretensión en los que realmente se produjo el debate pues, en otro caso, se incidiría en la *incongruencia* con relevancia constitucional a que hace referencia, entre otras muchas, la S. TC 211/1988, F.J. 4.º, Y que se produce cuando las resoluciones judiciales alteran de forma decisiva los términos en que se desarrolló la contienda, sustrayendo a las partes el verdadero debate contradictorio y produciéndose una resolución no adecuada o ajustada sustancialmente a las recíprocas pretensiones de las partes” (S. TC 152/1990, de 4 de octubre).

4.) «Desde la S. TC 32/1982, de 7 de junio, hasta la más reciente, S. TC 125/1987, de 15 de julio, es doctrina consolidada por este Tribunal que la *ejecución de las sentencias en sus propios términos* forma parte del derecho fundamental a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales». De ahí que, además de destacar el lugar central que el respeto de los fallos judiciales y su efectivo cumplimiento ocupa en un Estado de Derecho, como el que la Constitución proclama en el art 1, el Tribunal advierte «a este propósito, que cualquier eventual infracción del deber de cumplir las sentencias y resoluciones *firμες* de los Jueces y Tribunales no puede redundar en ningún caso en Una pérdida de la efectividad de las mismas». (S. TC 67/1984, de 7 de junio) .

No obstante, «ese derecho a la ejecución de la sentencia en sus propios términos no impide que en determinados supuestos ésta devenga legal o materialmente imposible; lo cual habrá de apreciarse por el órgano judicial en resolución motivada, pues el cumplimiento o ejecución de las sentencias depende de las características de cada proceso y del contenido del fallo. Ahora bien, esa imposibilidad de dar cumplimiento a la sentencia en sus propios términos no implica, al menos en las sentencias condenatorias, la ausencia de toda otra medida ejecutiva de modo que baste la mera constatación de la imposibilidad para acordar el cumplimiento estricto de los mandatos que ella contiene para entender satisfecha la tutela judicial efectiva, siendo preciso que, en tales supuestos, se acuda a la adopción de otros medios de ejecución sustitutorios o subsidiarios que el ordenamiento ofrece, pues en caso contrario, las decisiones judiciales quedarían convertidas en unas declaraciones de intenciones, y la parte que ha obtenido una sentencia favorable se encontraría en idéntica posición que antes de obtener dicho pronunciamiento». Asimismo, el Tribunal afirma que, nada obsta y en casos excepcionales se puede producir el reconocimiento de una indemnización sustitutoria en los supuestos en que, imposible la ejecución *in natura*, se produzca «una frustración de las expectativas existentes y... unos perjuicios económicos que pueden merecer algún tipo de compensación económica» (S. TC 153/1992, de 19 de octubre).

Tales pronunciamientos son, sin duda, significativos por definitorios de uno de los rasgos más característicos del proceso de ejecución laboral y cobran singular realce en el proceso de ejecución de las sentencias firmes por despido y más concretamente en los denominados incidentes de no readmisión. Sin duda, la expresión más clara de los principios generales expuestos sobre la ejecución de las obligaciones de hacer es la obligación de readmitir en forma al trabajador en su puesto de trabajo, que comporta la verdadera ejecución de la sentencia en sus propios términos y que el legislador reserva a determinados supuestos en que el cumplimiento de dicha obligación de readmitir en forma deriva de la declaración de nulidad del despido o en otros supuestos equiparados (arts. 282 a 284 LRJS) Y donde, además, excepcionalmente, se establecen límites, cuando no se señalan los criterios de apreciación del órgano judicial, para la fijación de la cuantía de la indemnización sustitutiva en caso de incumplimiento.

En otro caso, cuando la obligación de readmitir incumplida derive de la opción empresarial en favor de esta forma de cumplimiento frente al despido de un trabajador común declarado improcedente (arts. 278 a 281 LRJS), la ley permite al empresario la sustitución en el cumplimiento de la obligación de hacer por el abono de una indemnización a la que acompaña la correspondiente a los perjuicios ocasionados por la no readmisión o la readmisión irregular.

Por lo demás, en cuanto a la forma de llevar a cabo la actividad ejecutiva, es característico del proceso de ejecución laboral el principio del *carácter forzoso o coactivo del cumplimiento de la obligación*, que tiende a restablecer el efectivo equilibrio patrimonial o la situación fáctica perturbados. Supone el ejercicio de una actividad coactiva frente al deudor por el órgano judicial, en uso de los poderes que la Constitución le reconoce en orden a la adopción de las medidas idóneas en intensidad y proporcionalidad para el efectivo cumplimiento de lo ordenado y a la dirección de un proceso sin dilaciones tendente a interferir en la esfera jurídica de aquel para compeler su voluntad o afectar su patrimonio, logrando la efectiva tutela del acreedor y restableciendo el equilibrio perturbado.

En este sentido, el TC en S. nº 28/1989, de 6 de febrero, BOE de 28 de febrero de 1989, establece que «aun cuando la ejecución de sentencias corresponde, en principio, al órgano que hubiere dictado el acto o disposición objeto de litigio, cuando se incumple esta obligación, el Tribunal sentenciador a quien el art 117.3 CE confiere en exclusiva la potestad jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado debe adoptar las medidas que juzgue pertinentes para el efectivo cumplimiento de lo mandado, pudiendo elegir libremente entre las previstas en el ordenamiento jurídico, de tal forma que.. *si tales medidas no se adoptaran con la intensidad necesaria y legalmente posible para remover los obstáculos erigidos, el órgano judicial vulneraría el derecho fundamental a la ejecución de las sentencias* (SS. TC n.o 26/1983, 67/1984 Y 167/1987)»>.

El principio de proporcionalidad que preside la actividad ejecutiva, conlleva el cumplimiento de la regla de la proporcionalidad de sacrificios, de necesaria observancia, que preside cualquier eventual limitación de los derechos fundamentales y viene a significar la exigencia de que el sacrificio del ejecutado sea el mínimo necesario para que la ejecución cumpla su función. En este sentido, la mencionada regla está contenida, entre otras (SS. n.o 26/1981; n.o 37/1989) en la S. n.o 113/1989, de 22 de junio, relativa a la inembargabilidad absoluta» de las pensiones de la Seguridad Social y en la que se postula la inconstitucionalidad del art 22.1 LGSS. En ella, tras declarar el TC que «la regla de la proporcionalidad de *los sacrificios* (es) de obligada observancia en toda limitación de un derecho fundamental»" señala cómo «para que dicha proporcionalidad se cumpla es preciso que la declaración legal de inembargabilidad se desenvuelva dentro de los límites cuantitativos que resulten imprescindibles para asegurar el mínimo económico vital de sus beneficiarios y *no* los sobrepase, de manera tal que se extienda su inmunidad frente a la acción ejecutiva de *los acreedores* en cuantía que resulte excedente a ese mínimo vital, pues en este caso se estará sacrificando el derecho

fundamental de los acreedores a hacer efectivo el crédito judicialmente reconocido más allá de lo que exige la protección de los valores constitucionales que legitima la limitación de este derecho».

No obstante, no se trata de un principio exclusivo de tal modalidad ejecutiva ni excluyente o independiente de los demás principios y modalidades. Antes bien, la aplicación de medidas coactivas debe compatibilizarse con los demás derechos fundamentales del ejecutado -intimidad personal y familiar, honor, integridad física, inviolabilidad del domicilio- con los que pudiera colisionar y la expresión más concreta de esta limitación la constituye, sin duda, el art 248.2 que, ubicado en el Cap. 11 sobre la ejecución dineraria, opone el derecho a la intimidad personal como límite a la facultad judicial de adoptar las medidas tendentes a averiguar los bienes y derechos del ejecutado.

5. El principio de reparto proporcional de las cantidades obtenidas.

También en relación con la forma de hacer efectiva la actividad ejecutoria, tratándose de ejecuciones pecuniarias y en los supuestos en que no sea factible el cumplimiento íntegro de la obligación contenida en el título en favor de todos los acreedores concurrentes, rige en el proceso de ejecución laboral el *principio de reparto proporcional de las cantidades obtenidas*. Frente al principio de «prioridad» -*prior in tempore potior in iure*- fundado en el art 1.520 LEC para la ejecución civil, que concede derecho a quien primero obtuvo el despacho de la ejecución a resarcirse de su crédito con el producto de la venta de los bienes cuyo embargo consiguió, en los supuestos de ejecución singular 146, cuando pueda el principio del proceso de ejecución laboral acentuaba su incidencia en el proceso específico de ejecución de las sentencias firmes por despido en la medida ; en que tales medidas se ponían al servicio de la realización de la obligada readmisión.

Presumirse la insuficiencia de los bienes del deudor, el TRLRJS adopta la fórmula de concurso de acreedores laborales en una ejecución singular, subrayando el principio *par conditio creditorum* sobre la prioridad temporal" y posibilitando la acumulación de ejecuciones (arts. 36 a 41).

Consecuentemente, «de estar acumuladas las ejecuciones seguidas contra un mismo deudor y de ser insuficientes los bienes embargados para satisfacer la totalidad de los créditos laborales, se aplicarán *soluciones de proporcionalidad, con respeto, en todo caso, a las preferencias de crédito establecidas en las leyes*» (art, 268) y añadiéndose que «entre los créditos concurrentes de igual grado, se repartirán proporcionalmente las cantidades obtenidas, sin tener en cuenta ningún tipo de prioridad temporal (art. 269.1). La distribución proporcional de las cantidades obtenidas se articula, partiendo de la acumulación de las ejecuciones seguidas contra un mismo deudor (arts, 36 a 41) y mediante la adopción de fórmulas que posibilitan el acuerdo entre los afectados y resolviendo, de no haber acuerdo, el órgano judicial (arts. 271 - a 274).

Aun cuando se ha propugnado que la solución adoptada en favor de la proporcionalidad recogida, en la Base 39.2 de la LBPL, con respeto en todo caso a las preferencias de crédito establecidas en las leyes», en la medida en que suprime la prioridad temporal es ilegal e inconstitucional por exceso en la habilitación concedida por el legislador, a riesgo de que las «soluciones de proporcionalidad» resulten de imposible aplicación, es lo cierto que el bloque de reglas donde ésta se contiene ha de contemplarse en su conjunto; entendiéndose queja proporcionalidad «sólo pudo lograrse a costa de alguna preferencia y que la derogada es la prioridad temporal».

Asimismo, el LRJS con el fin de determinar los límites de actuación del órgano judicial, ejecutar y salvaguardar los derechos de terceros, impone al ejecutado el contenido de la denominada manifestación de bienes (art. 249).

Concebida la actividad ejecutiva civil como sustitutiva de conductas privadas fungibles -la del deudor que no cumple voluntariamente su obligación objeto de condena- y aun cuando ello no significa que la ejecución sea una actividad sustitutiva, el legislador la ha regulado «como si lo fuera», en la medida en que el Juez executor ejerce durante el proceso una actividad pública; pero con la importante matización de que éste sólo puede realizar eficazmente sobre el patrimonio del deudor responsable aquellos actos jurídicos que el propio ejecutado podría llevar a cabo eficazmente, sin poder traspasar la órbita jurídico-patrimonial de éste y conservando el deudor durante todo el proceso de ejecución la facultad de poner fin a la actividad ejecutiva si satisface plenamente el interés del acreedor. Frente a ello, el mencionado art 247 impone al ejecutado la «obligación de efectuar a requerimiento del órgano judicial, manifestación sobre sus bienes o derechos con la precisión necesaria para garantizar sus responsabilidades» e «indicar las personas que ostenten derechos de cualquier naturaleza sobre sus bienes y, de estar sujetos a otro proceso, concretar los extremos de éste que puedan interesar a la ejecución» .

V. Sobre la interrelación de las normas sustantivas y materiales. Un supuesto especial de ejecución: el de los títulos ejecutivos derivados del despido.

Continúa la doctrina enumerando, entre los principios caracterizadores del proceso de ejecución laboral, el de «conexión con el Derecho material». Pero, a nuestro entender, éste último es un rasgo común al resto del ordenamiento jurídico-laboral en sus vertientes sustantiva y procesal, que adquiere especial significación cuando se trata de la ejecución en materia de despido. En ella, el estudio de los institutos jurídicos-procesales impera, a modo de preludio, el análisis de la regulación sustantiva del despido para, a través de los posibles grados en la calificación judicial otorgada, alcanzar la comprensión de la distinción impuesta por el legislador al abordar el régimen jurídico de la ejecución de la decisión extintiva empresarial, según la obligación incorporada al título ejecutivo consista en una entrega dineraria o en una obligación de hacer.

Si, como se ha dicho, el ordenamiento jurídico laboral no forma , un «todo completo y cerrado en sí mismo», sino «un todo diferenciado, flexible y en conexión con otros sectores del ordenamiento jurídico». Un estudio de

cualquiera de sus institutos impone al jurista la interrelación de éstos con otras figuras afines correspondientes a distintas ramas del Derecho, al tiempo que obliga a la conexión de las diferentes implicaciones y vertientes que de ellas derivan cuando éstas confluyen en su propio régimen jurídico. De otra parte, la misma diferenciación *ad extra* de la disciplina jurídico- laboral conduce a una articulación interna de sus conceptos, deudores e integradores unos de otros, de manera que el desconocimiento de conjunto y de la distinta *ratio* que inspira cualquiera de sus figuras positivas conduce a una parcelación en todo caso arbitraria y despegada de la realidad social que esta rama del Derecho trata de regular.

Por ello, un estudio de la ejecución del despido llevada a cabo por el Texto Refundido de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social requiere, antes de entrar en la regulación específica contenida en los arts. 278 a 286 y 297 a 302, objeto de este estudio, no sólo de la puesta en relación de algunos de los institutos de Derecho sustantivo con su forma de instrumentación en el Derecho procesal del trabajo, sí no del análisis de las fundamentales innovaciones introducidas en su momento por el TALPL y la Ley 11/1994, y de la subsunción de la decisión extintiva empresarial dentro del contexto más amplio del marco jurídico diseñado por la Ley para el despido en general, por cuanto sobre él se vierten algunas de las innovaciones relativas a los principios vertebradores de esta figura extintiva.

Solamente su adecuada relación con la ordenación general del despido dará razón de algunas de las particularidades que caracterizan su régimen jurídico en ejecución y permitirá tomar justa medida de la significación y alcance de alguna de las medidas adoptadas por el Texto articulado en relación con la LBPL que -se ha dicho- en alguna de las materias, no se ajustaba fielmente a lo dispuesto en el artº 82 CE. Asimismo, permitirá el encaje de algunas de las novedades introducidas por la Ley 11/1994, de 19 de mayo -refundidos ambos textos por el RD legislativo 2/1995, de 7 de abril- que, directa o indirectamente, se proyectan sobre él y de las posibles lagunas o deficiencias que, sostenidas desde la regulación anterior y en conexión con la normativa material, no han sido corregidas a pesar del esfuerzo realizado por el legislador para plasmar en su diversidad las posibilidades ofrecidas por la jurisprudencia sobre la terminación unilateral de las relaciones de trabajo.

No obstante, la interacción que la norma procesal experimenta respecto del modelo normativo material existente en cada momento en un ordenamiento determinado es un problema común a todos los modelos de ejecución, de despido o de cualquier otro tipo de pronunciamientos judiciales; pero queda realizada en el supuesto que nos ocupa por cuanto la ejecución del despido no es una medida neutra y subsidiaria de lo dispuesto en sede material y complementa el propio régimen del despido que en nuestro país no ha sido nunca completo sin la adecuada mezcla de normas materiales y procesales.

Consecuencia de esta labor de complemento es que el proceso de interacción ha sido mutuo, descansando en ocasiones la justificación de un diseño global de la extinción y el despido que no garantiza adecuadamente la estabilidad en el empleo, en las dificultades o la abierta imposibilidad de ejecutar obligaciones

distintas de la mera entrega de sumas de dinero; convirtiéndose la ejecución en la excusa técnica para justificar un modelo de despido.

Por lo demás, es de todos conocido que el Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, en lo que a ejecución definitiva se refiere, conforma el régimen jurídico de esta última a partir de las consecuencias añadidas a las distintas calificaciones judiciales del despido tomando como eje la distinción según la condena atribuida al empleador, que hizo un uso ilegítimo de la facultad de despedir, consista en la entrega de una cantidad pecuniaria o su posterior conducta tendente a la readmisión. Y la trascendencia de la división reside, a los efectos procesales, en que, mientras en el primer caso el procedimiento podrá desenvolverse incluso sin el consentimiento del obligado y los medios al alcance del Juez ejecutor no serán otros que aquellos que posibiliten la obtención de sumas económicas a través de la venta pública, en el segundo, en la medida en que se pretende la imposición de una determinada actividad del sujeto obligado, habrá de incorporarse la voluntad del deudor, sobre la que pretende incidirse, con punto de partida de la actividad jurisdiccional.

Por todo ello, resulta obligada la remisión a la declaración del despido como procedente, improcedente o nulo en el TLRJS y de la incidencia que sobre ella proyecta el TLRJS, como punto de partida para el análisis de un modelo de ejecución que, sin perjuicio de posteriores desarrollos, básicamente se articula en su fase definitiva en torno a dos modalidades o procedimientos separados de ejecución.

Aun cuando es cierto que esta sistemática dual plantea numerosas dificultades interpretativas que pueden soslayarse tomando como punto de referencia la idea básica de que el proceso regulado en los arts. 278 y sgts. TLRJS tiende como única pretensión a la readmisión del trabajador, ya se funde esta en la opción del empresario, del trabajador, o en la imposición legal sin más y que, siendo única la pretensión ejecutiva ejercitada por el trabajador -la conducente a su readmisión en el puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido-, «ello equivale a decir que se regula un único proceso de ejecución», es lo cierto que el primero parece ser el criterio que ha impulsado la voluntad del legislador que, en uno de los procedimientos admite la sustitución de la readmisión elegida por una cantidad equivalente en concepto de indemnización, en tanto en el otro la actuación de intercambio se rechaza y consecuentemente se explicitan las medidas coactivas a través de las que, cuando menos, va a intentarse el cumplimiento de la obligación, en este caso impuesta de forma específica .

No obstante, a través del proceso en su conjunto -que integra ambas modalidades~ se trata de prestar el cauce adecuado a la ejecución de la obligación de readmitir en su vertiente más estricta y, de otra parte, de complementar el régimen jurídico vinculado al incumplimiento de esta concreta obligación, estableciéndose el cuadro de competencias de aquel.

Hechas estas consideraciones y partiendo entonces del marco prestado al despido por el RD Legislativo 52/1990, de 27 de abril, modificado en parte por

la Ley 11/1994, de 19 de mayo, ambos refundidos por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, y de las distintas consecuencias que derivan de la reclamación contra el acto extintivo, a lo largo de las páginas siguientes tratará de abordarse la descripción detallada del proceso de «ejecución de sentencias firmes por despido» (arts. 278 a 285 LRJS) atendiendo a las dos modalidades o procedimientos separados de ejecución y a las modificaciones que el transcurrir procesal de los mismos haya podido detectarse; para pasar después al análisis y estudio del «procedimiento autónomo» de la «ejecución provisional» de las sentencias por despido (arts 297 a 302) y de sus incidencias y problemática a través de la normativa instrumental.

EJECUCION DEFINITIVA DE LAS SENTENCIAS POR DESPIDO

EL MARCO PRESTADO AL DESPIDO POR LA NORMATIVA PROCESAL

I. EL DESPIDO EN EL RD LEGISLATIVO 52/1990, DE 27 DE ABRIL; LA LEY 11/1994, DE 19 DE MAYO, Y EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 2/1995, DE 7 DE ABRIL. MARCO LEGAL, CALIFICACION Y EFECTOS JURIDICOS

I. El diseño general del despido.

Mantenimiento del marco institucional y novedades:

La ejecución de Sentencias dictadas en los procesos por despido es, sin duda, una materia cuajada de problemas en los ámbitos socioeconómico y jurídico. En este último cala en lo más profundo de las instituciones jurídico-laborales, hasta cuestionar la coherencia interna del régimen jurídico del despido en nuestro ordenamiento.

Prescindiendo ahora del arduo debate que en plano material pudiera ocasionar la imposición a las partes de la continuidad en una vinculación jurídica en ocasiones no deseada, y dejando a un lado otras cuestiones de índole económica y social, como la tipología empresarial sobre la que ponen especial énfasis las técnicas ejecutivas previstas por el LRJS, la exposición del tema debe partir de la especial configuración que la institución del despido ha recibido en nuestro país.

Sobre ella, el TRLPL articula un modelo de ejecución en el que cobran singular relieve la voluntad empresarial como determinante de la decisión extintiva empresarial que, desencadena el despido, el control judicial de la decisión extintiva a través de la causalidad, el interés demostrado por el ordenamiento jurídico laboral en el mantenimiento de la virtualidad extintiva de dicha relación y, finalmente, el conjunto articulado de mecanismos dedicados a la invalidación de los efectos del despido efectuado al margen del cauce formal y sustancial que la legislación ofrece al empresario.

Desde la primera de las perspectivas -el protagonismo reservado a la voluntad extintiva empresarial- es lo cierto que pese a la identificación entre despido y resolución del contrato por incumplimiento culpable del trabajador, en

los términos a que hace referencia el art 1 .124 Cc., llevada a cabo por la doctrina en los albores de la normativa laboral; sucesivos textos sustantivos y procesales, al admitir causas extintivas de la relación laboral por iniciativa del empresario desprovistas de la culpabilidad del operario, han contribuido a despejar la naturaleza jurídica de esta institución, abandonando su carácter exclusivamente sancionatorio, hasta permitir su identificación con el ejercicio de la facultad de *desistimiento empresarial* mediante una declaración unilateral de voluntad, recepticia, causal y normal, dirigida a poner fin a la relación de trabajo y que acoge en su seno tanto los incumplimientos no necesariamente culpables del trabajador, como el ejercicio de dicha facultad ante la autorización por la Administración Laboral basada, en todo caso, en una justa causa que lo justifique.

Como ya tuve ocasión de exponer, los textos positivos, aun reservando la calificación termino lógica del despido a los disciplinarios, imponen un modelo normativo de este instituto omnicomprensivo de todos los supuestos en que la decisión extintiva del empleador alcanza relevancia jurídica y aglutinador tanto de los despidos por incumplimiento culpable (disciplinarios) como de los denominados por causas objetivas o los colectivos fundados en causas económicas, técnicas, organizativas y de producción o fuerza mayor; tesis confirmada por la doctrina y ampliamente rebasada por la S. TS de 26 de febrero de 1990, según la cual «la noción de despido no se identifica con la de despido disciplinario -mera especie de un género común-, sino que comprende toda extinción del contrato de trabajo por voluntad del empleador...».

La configuración del despido como desistimiento causal, en los términos en que el concepto civilista puede extraerse de nuestro Código Civil y de otros ordenamientos, no responde a una contemplación simplista y descriptiva de la clasificación de las causas de despido realizada por el legislador, sino al encaje de sus presupuestos en los propios de esta noción y a la inadecuación del mecanismo resolutorio para acoger, en pura técnica jurídica, a la totalidad de la figura que nos ocupa. Si, de una parte, el incumplimiento es una especie de despido, pero resulta insuficiente para explicar dogmáticamente las decisiones extintivas que no responden a inobservancias graves y culpables de los deberes de conducta del trabajador, de manera que la resolución por incumplimiento aparece tan sólo como una especie extintiva admisible en el desistimiento extraordinario; de otra parte, ni siquiera en estos casos en que el despido pudiera configurarse como instrumento disciplinario, puede hablarse de resolución, pues, conforme al tenor literal de lo preceptuado en el Código Civil, ésta surte su eficacia *ope iudicis*.

La Ley del Estatuto de los Trabajadores, norma de carácter sustantivo con un elevado contenido procesal y, en ajustada correspondencia con ella, la Ley de Procedimiento Laboral, Texto Refundido aprobado por RD Legislativo 1.568/1980, de 13 de junio, hicieron depender la eficacia de la decisión extintiva de la sola voluntad empresarial, sin perjuicio de la calificación otorgada a ésta por el juzgador y con independencia de cuáles fueran las consecuencias ligadas a la declaración judicial, porque no sólo atribuyeron virtualidad extintiva a los despidos procedentes, sino también a los declarados

improcedentes en los que no se acredita la causa alegada por el empresario; construcción reforzada por el establecimiento de un plazo de caducidad, transcurrido el cual, de no ejercitarse la acción de despido, la decisión extintiva deviene firme e inatacable, surtiendo los efectos deseados por quien la ejercitó.

Pues bien, el vigente Texto de Procedimiento Laboral, en su mayor parte procedente del Texto Articulado de 1990, aunque con modificaciones tras la Ley 11/1994, aún introduciendo esta última novedades ciertamente significativas en aspectos relacionados con las causas motivadoras del despido, la calificación judicial o la ejecución de las sentencias por despido, recoge fielmente el diseño material prestado por la Ley 8/1980 al concepto de despido y proporciona a éste un marco instrumental similar al perfilado por el RD 1.568/1980. de manera que, apartándose de ambos textos en la introducción positiva y la variación de algunos supuestos en las calificaciones judiciales del despido, o en la atribución de efectos distintos a algunas de las categorías ya existentes al recepcionar el legislador planteamientos jurisprudenciales surgidos de la interpretación de su articulado, tacha y augura inquebrantable durante su vigencia la doctrina expuesta en orden a los presupuestos básicos y a la configuración de la naturaleza jurídica del despido en nuestro ordenamiento.

Y ello por cuanto, de una parte, el apartado 7 del artículo 55 TRLET, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 109 TRLPL, declara que el despido procedente *convalidará* la extinción del contrato de trabajo, con lo cual se consolida *ex lege* el efecto *ex tunc* de la decisión extintiva empresarial, tanto en relación con los despidos disciplinarios como en los motivados en causas objetivas, y se patentiza la voluntad empresarial como determinante de la extinción contractual.

Es la decisión extintiva del empleador y no el Juez quien extingue el contrato de trabajo. El acto empresarial alcanza efecto constitutivo, reservándose a la calificación efectuada por el órgano judicial un carácter meramente declarativo, de manera que se mantiene la realidad del despido que nació a través de una actuación del empleador que puso fin a la relación de trabajo.

De otra parte, y en una primera aproximación, puede constatarse cómo, en paridad con la clasificación del despido realizada por el legislador en función de las causas que lo justifican -despidos disciplinarios, extinción por causas objetivas y despidos colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción -antes económicas y tecnológicas- o fuerza mayor- el vigente texto procesal distingue en capítulos y secciones diferenciadas, como ya lo hiciera su predecesor, la modalidad procesal prevista para el despido disciplinario (Lib. II, Tít. II, Cap.II, Sección I), la extinción del contrato por causas objetivas (Cap.IV, Sección I) y los despidos colectivos por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción y fuerza mayor (Cap.IV, Sección 2a).

No obstante, llama la atención en primer lugar que, al regular el cauce instrumental para accionar la impugnación de la decisión extintiva empresarial,

el legislador ya desde 1990 adopta una terminología diferente, que data ya del Anteproyecto redactado en 1987, conforme a la cual distingue el proceso ordinario y las modalidades procesales (Lib. II), entre las que sitúa las relativas a los despidos a las que el texto procesal de 1980 denominó «procesos especiales» (Lib. II, Tít.II, LPL); terminología, sin duda, de más depurada técnica procesal, que pretende subrayar que «no se trata de procesos especiales, sino de particularidades procesales exigidas por razón de la materia litigiosa dentro del respeto a un procedimiento ordinario que tiene vocación informadora».

Igualmente llamativo resulta, en orden a completar el diseño conceptual del instituto del despido mantenido en nuestro ordenamiento, aunque sin renunciar al eje central que vertebra su estructura desde el punto de vista sustantivo y procesal, que el legislador desde 1990, manteniendo la denominación genérica a la modalidad procesal de los «despidos y sanciones» (Tít. II, Cap.II), la escinde diferenciando el «despido disciplinario» (Sección Primera) y el «proceso de impugnación de sanciones» (Sección Segunda), lo que, más allá de su alcance sistemático, pudiera tener cierta repercusión material, pues no puede desconocerse el proceso de expansión experimentado tanto por el concepto mismo del despido como los contornos del proceso especial que tradicionalmente se ha venido contemplando en nuestro ordenamiento procesal laboral, ni tampoco la utilización práctica de esta figura genérica que, en su vertiente individual, a falta de un concepto legal, «ha sido interpretada por la doctrina en sentido amplio, entendiéndose que el mismo se produce cuando de modo efectivo y por voluntad empresarial dejan de realizarse sin causa jurídica que lo justifique las prestaciones esenciales del contrato de trabajo, realización de la actividad laboral y abono del salario» (S. TS de 12 de mayo de 1988) o ha sido concebida como el «cauce que se asigna a toda pretensión obrera que rechaza ceses que el empresario enlaza con motivos extraños a un comportamiento censurable»; de manera que, usualmente, la modalidad procesal del despido ha sido utilizada por el trabajador para impugnar ante los órganos jurisdiccionales todas aquellas decisiones empresariales que, sin contar con un procedimiento específico, implicaban o podían suponer una ruptura del contrato de trabajo, independientemente de su formalización o no e incluso de su aparente configuración como despidos; figuras todas ellas que, si bien encontraron acomodo en el cauce procesal ofrecido para los «despidos y sanciones», según fue reconocido en sede doctrinal, presentan ahora no pocas dificultades de encaje en el esquema instrumental del despido diseñado por el TLRJS.

No obstante, la mencionada corriente jurisprudencial, además de desvirtuar, como ya se adelantó, la identificación de la noción de despido con la de despido disciplinario, lleva desde una perspectiva procesal á la conclusión, sostenida por el TS en S. de 26 de febrero de 1990, de que «a falta de normas específicas como las que se prevén para la extinción por causas objetivas y para las derivadas de causas económicas, tecnológicas y por fuerza mayor, han de aplicarse en aquellos supuestos, con las adaptaciones necesarias, las normas contenidas en los arts. 54 y 56 del Estatuto de los Trabajadores y en la Sección Segunda del Título 11, Libro 11, de la LPL»; aplicación que, especialmente en lo que a estas últimas normas se refiere, tiene su causa, a

juicio del TS, en la evidente función supletoria respecto de las reglas procesales aplicables a la impugnación de los despidos, basados en las causas previstas en los arts. 51 y 52, que lleva a configurar como proceso común de despido el regulado a partir del arto 97 de la LRJS. Y ello, no sólo por tratarse del despido tipo, sino por la consideración conjunta de las acciones que tengan por objeto la impugnación del «despido» o de las sanciones; lo que, si bien parece atender a la impugnación de las decisiones adoptadas por el empleador en virtud de su poder disciplinario, no impide, como se ha señalado, la utilización de este cauce procesal para la impugnación de decisiones empresariales que, desprovistas de un carácter sancionador, aboquen también a la extinción contractual.

Pues bien, según se ha expuesto, en el Texto Refundido, las reglas dedicadas a la impugnación del despido, excepto las expresamente adscritas a la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, fuerza mayor y causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, aparecen situadas bajo el epígrafe «despido disciplinario». Con ello, la circunscripción literal de la modalidad procesal a este tipo de despido parece excluir de su utilización, según la citada doctrina, la impugnación de decisiones extintivas que, pese a su finalidad, no merezcan en sentido técnico-jurídico esta calificación. Al mismo tiempo, la delimitación efectuada permitirá concluir que la impugnación de las demás decisiones empresariales en orden a la extinción del contrato de trabajo no disciplinarias habría de acogerse a las modalidades previstas para «la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas y otras causas de extinción», conclusión apoyada en la nominación genérica que encabeza el Capítulo IV -arts. 120 a 124- «De la extinción del contrato por causas objetivas y otras causas de extinción» y que queda descartada cuando el articulado de este último circunscribe su instrumentación a los supuestos de extinción por causas objetivas (arts. 120 a 123) y los despidos por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción y fuerza mayor (art. 124).

Con ello, el Texto Refundido ignora, al menos desde el punto de vista conceptual, una posibilidad que ofrecía el Texto de 1980 y que, asimismo, hacía posible la base vigesimoprimer de la LBPL, al cerrar la posibilidad de impugnación de otras decisiones extintivas, distintas a las expresamente mencionadas, a través de la acción de despido; dando la espalda a una amplia parcela de la realidad social con relevancia jurídica y marginando una pluralidad de supuestos habituales en la práctica empresarial que, si bien no deben comprometer la delimitación conceptual y configuración dogmática del despido, permanecen a la búsqueda de cauces adecuados, como parecía serlo el apuntado por la afinidad en sus objetivos y pretensiones, para que el trabajador pueda, en ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva, obtener un pronunciamiento judicial sobre la procedencia o improcedencia de la decisión empresarial adoptada.

De distinto alcance material y adjetivo resultan algunas otras novedades que, como las anteriormente expuestas, introduce la LRJS en lo relativo a la regulación de la modalidad procesal del despido que se concretan en aspectos diversos como los requisitos que deben contener las demandas, la modulación

del principio de congruencia, lo relativo a la inversión del orden en la actuación de las partes en el juicio oral, la regulación de la prueba de presunciones, lo referido a la calificación del despido nulo o las cuestiones atinentes a la ejecución de la sentencia por despido.

Algunas de ellas, y especialmente las últimas, además de contribuir en su momento al ensanche conceptual de la calificación de nulidad del despido que, más allá de irregularidades formales, se extendió a nuevos supuestos para dar cobertura legal a la jurisprudencia ordinaria y constitucional, pretendieron prestar una mayor y más efectiva protección al trabajador tratando de restaurarlo en todo caso, mediante la adopción de soluciones compensatorias del daño causado o coercitivas del empresario, en su derecho lesionado, reaccionando ante posibles discriminaciones previstas en la Constitución y en la Ley frente a la violación por la decisión extintiva empresarial de derechos y libertades públicas, o dispensándole unas mayores garantías en el ejercicio de sus funciones representativas.

Sin perjuicio de que, junto a su vertiente positiva, tales innovaciones presenten todavía hoy zonas de penumbra derivadas de la insuficiencia de su regulación, de la problemática derivada de la conexión de este defecto en la plasmación de algunos supuestos de nulidad con la consiguiente inadecuación en la calificación jurídica correspondiente, la difícil articulación de algunas de las medidas , adoptadas con la normativa sustantiva de la que dependen o la formulación técnicamente objetable de algunas de ellas, es lo cierto que todo ello imprimió al nuevo Texto, en algunos de sus puntos, un marcado talante progresista en relación con .la regulación de los despidos individuales y los efectos de su calificación judicial, apenas empañado por la marginación de algunos supuestos jurisprudenciales, cuya elaboración se expondrá y que hubiera sido deseable ver recogidos en el articulado de la Ley .

Sobre este marco jurídico, la Ley 11/1994 además de mantener algunas de las ausencias reguladoras ya detectadas en el TALPL , llevó a cabo una reforma general del despido que incidió particular mente sobre su calificación y efectos jurídicos. La reforma operada no afectaba al procedimiento por el que había de encauzarse la pretensión impugnatoria del despido, sino al contenido del pronunciamiento judicial 3º, acometiendo el legislador una reordenación de los distintos supuestos a los que corresponde la declaración de improcedencia y nulidad , donde el aspecto más importante no eran los efectos de la declaración sino la calificación misma y cuyo resultado más palpable, en una primera aproximación, fue la reducción de los supuestos legales de nulidad y con ella la restricción en su ámbito de aplicación de la ejecución «en sus propios términos» art. 279).

2. Del ensanchamiento conceptual de la calificación jurídica de la nulidad a la reducción de los supuestos legales.

Adoptada la decisión extintiva por el empleador y cumplidas las prescripciones legales en tiempo y forma, a partir de la interposición,) de la demanda será el Juez de lo Social quien en lá sentencia lleve a cabo la calificación del despido

como procedente, improcedente o nulo (art 108.1 TRLPL) . En relación con este último extremo el TALPL Se mostró innovador en la medida en que rompía con el esquema institucional precedente e incorporaba al cuadro normativo jurídico-laboral un supuesto de nulidad por motivos de fondo -«el que tenga como fundamento alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la Ley o la violación de derechos y libertades públicas del trabajador (art. 108.2.d TALPL)»- cuyo enunciado se calificó de «técnicamente objetable» por cuanto los despidos discriminatorios constituyen la especie de un género más amplio correspondiente al de los despidos efectuados con violación de los derechos fundamentales y libertades públicas. Al mismo tiempo, unificaba los efectos derivados de esta noción de nulidad con la derivada de ciertos defectos formales y pretendía garantizar en tales supuestos la efectiva readmisión del trabajador arbitrando algunos mecanismos coercitivos para ello.

Tradicionalmente, la nulidad del despido ha estado ligada en nuestro Derecho a la ausencia de requisitos de forma con que el ordenamiento reviste el desistimiento empresarial, mientras que su procedencia o improcedencia entrañaba una cuestión relativa al fondo o causa del despido, esto es, a los motivos aducidos por el empleador para la extinción del vínculo contractual. Dicho esquema abocaba necesariamente al axioma «despido sin forma igual a despido nulo y despido sin causa igual a despido improcedente» , únicamente quebrado por el Estatuto de los Trabajadores en algunos supuestos: el despido de un trabajador cuyo contrato se hallase en suspenso, salvo que la jurisdicción competente declarase la procedencia (art. 55.6 LET) Y aquellos supuestos en que las decisiones unilaterales del empresario fuesen portadoras de discriminaciones desfavorables por razón de la edad o discriminaciones favorables o adversas en el empleo, etc. (art. 17.1 LET).

Como advirtió algún sector doctrinal, todos estos supuestos tomaban como denominador común una actuación empresarial gravemente vulneradora de la disciplina del despido, que «reviste unos caracteres de antijuridicidad más acusados» ya por «desconocer las formalidades esenciales del acto, ya por despedir por una causa real contraria a los derechos constitucionales del trabajador».

Sin embargo, la nítida diferenciación entre improcedencia y nulidad no encontró una distinción paralela que no fuese aparente en cuanto a los efectos ligados a ellas por el legislador. Separándose de lo dispuesto en el RDLRT, cuyo art 36.3 declaraba que «el despido nulo producirá los mismos efectos que el despido procedente» (art. 36.3) Y que fue objeto de duras críticas por la doctrina iuslaboralista, el Estatuto de los Trabajadores atribuyó al despido nulo, a diferencia del improcedente, «la readmisión inmediata del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir» (arts. 55.4 y 10.4), salvo en los supuestos de suspensión del contrato en que se estará a las normas aplicables en cada caso (art. 103.4). Pero, los preceptos de la Ley, relativos a la ejecución de las sentencias de despido (arts. 208 y sgts.), en la medida en que permitían la sustitución de la no readmisión del trabajador por el empresario o de la readmisión irregular por una indemnización en el incidente de no readmisión (arts. 211 y sgts. LRJS), vaciando de contenido lo dispuesto en la

norma sustantiva y privando de cumplimiento específico a la sentencia declarativa de la nulidad, llevaron a cabo la equiparación entre los efectos de la nulidad e improcedencia del despido. La única fisura la constituyeron los supuestos en que el trabajador fuese representante del personal porque la readmisión en ellos era obligada en todo caso, con la única alternativa señalada en los arts. 213 a 215 LRJS.

Esta equiparación, que hizo planear la sombra de inconstitucionalidad sobre la LPL que, como Ley delegada parecía excederse de lo dispuesto en su Ley delegante -Disposición Final 6." LET-, motivó la necesidad de algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional-SS. 58/1983, de 29 de junio y 69/1983, de 26 de julio- en los que, sin examinar las relaciones entre Ley delegante y delegada, éste entendió que «el derecho a obtener la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) no alcanza a cubrir las diferentes modalidades que pueda revestir la ejecución de la sentencia» (S. 69/1983) precisando que «no son anticonstitucionales los artículos de la Ley de Procedimiento Laboral que viabilizaban la sustitución del reingreso del trabajador en la empresa por una indemnización económica, pues tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de identidad total entre lo ejecutoriado y lo estatuido en el fallo, como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena es sustituida por un equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación.

Desde este punto de vista resulta claro que en la Ley de Enjuiciamiento Civil las condenas de hacer y no hacer -y en algunos casos la condena de dar cosas específicas- según los arts. 919 y sgts., pueden transformarse, en el trámite de ejecución de sentencia, en prestaciones de cantidades pecuniarias, sin que pueda decirse que de esta manera se viole la Constitución» (S. TC 58/1983, de 29 de junio y 69/1983, de 26, de julio).

Dicha tesis resultó afín en su resultado a la sostenida por algunas resoluciones de nuestros Tribunales -entre otras, SS. TCT de 24 de octubre de 1984, 30 de septiembre de 1986 y 12 de enero de 1989; SS. TS de 19 de octubre de 1983 y 16 de marzo de 1988-43 que cerraban el paso a una interpretación minoritaria defendida por alguna Magistratura que, planteando el tema como un problema de legalidad ordinaria, defendió la inaplicación de la LPL en aquello que se excediera de lo normado por la LET y, en consecuencia, se pronunció en favor de la posibilidad de que el juzgador en la Instancia pudiera imponer el abono de indemnizaciones superiores a las fijadas en el art 211 LPL (Auto MT nº 15 de Barcelona, de 20 de enero de 1983).

No obstante, ante las continuas denuncias efectuadas en sede científico-doctrinal, por cuya virtud la nulidad o improcedencia sustituible por una indemnización no concedía protección suficiente frente a un tipo específico de despidos que lesionan derechos fundamentales del trabajador, y cuya consecuencia había de ser «la declaración de ineficacia *ex tunc* del supuesto despido», hubo de buscarse no sólo un fundamento para esta conclusión, sino también un término inequívoco sobre la carencia de efectos de ese despido, Ello, unido al análisis llevado a cabo en sede constitucional por el Alto Tribunal, con la finalidad de conseguir la identificación y represión de los despidos

discriminatorios, dio lugar a la figura de la *nulidad radical* del despido que posteriormente fue recepcionada por la Jurisprudencia ordinaria y que, trascendiendo al despido nulo formal, alcanzó a los despidos radicalmente nulos por vulneración de los derechos fundamentales, por fraude a la ley o por abuso de derecho, alterando el diseño tradicional de los efectos de la calificación de nulidad.

2.1. *Los despidos radicalmente nulos por violación de derechos y libertades públicas y los efectuados en fraude a la ley*

En cuanto a los primeros *-despidos radicalmente nulos por violación de derechos y libertades públicas⁴⁶⁻*, inicialmente restringidos a aquellos que encierran un propósito discriminatorio atentatorio a un derecho constitucional (S. TC de 23 de noviembre de 1981), extendieron su caracterización a todo despido nulo con nulidad radical que lesionara un derecho fundamental (SS. TC núms. 49/1985, de 28 de marzo, o 88/1985, de 19 de julio), al tiempo que la doctrina de las decisiones extintivas discriminatorias desplegaba su eficacia a las fases iniciales de cumplimiento del contrato de trabajo *-período de prueba-*: hasta concluirse que «la facultad de resolución de la relación laboral concedida por el arto 14.2 LET... está limitada en el sentido de que no se puede hacer valer, por causas ajenas al propio trabajo, en contra de un derecho fundamental» (SS. TC núms. 94/1984, de 16 de octubre, y 166/1988, de 26 de septiembre).

Según esta configuración dogmática, a la declaración de nulidad radical, que pretende conseguir la *restitutio in natura* ⁴⁷ de la obligación con la consiguiente readmisión del trabajador, se apareaban importantes consecuencias procesales vinculadas a la traslación *-que no inversión-* de la carga de la prueba, que impone al empresario acreditar la existencia de un motivo razonable que justifique el despido *-entre otras, SS. TC núms. 189/1981, de 23 de noviembre; 104/1987, de 17 de junio y 166/1988, de 26 de septiembre-*, e implicaban una distribución del *onus probandi* que, partiendo de la presentación por el actor de indicios racionales o verosímiles de que mediante el despido se ha atentado contra un derecho fundamental *-SS. TC núms. 34/1984, de 9 de marzo; 6/1988, de 21 de enero, y 114/1989, de 22 de junio-*, centra la actividad probatoria del demandado en probar «los hechos generadores de la extinción de la relación laboral» que «aparezcan razonablemente como ajenos a todo propósito discriminatorio» (S. TC n.º 189/1981).

En lo que se refiere al despido radicalmente nulo *por fraude a la ley o abuso de derecho*, se trata de una elaboración jurisprudencial que, apoyada en la resolución del caso concreto, tiende a desentrañar en cada momento si, tras el mero cumplimiento de los requisitos formales, se pretende un fin contrario al ordenamiento jurídico, tratando con ello de que no se impongan maniobras dirigidas al logro de un resultado opuesto al perseguido por la norma que se utiliza, sobre el cumplimiento estricto de la finalidad de las leyes. Sin ánimo exhaustivo, puesto que la materia ha sido objeto de distintos estudios jurisprudenciales, tal actuación fraudulenta ha sido detectada por nuestros Tribunales en los siguientes supuestos: a) Cuando no existe la necesaria

proporcionalidad y adecuación entre el hecho motivador de la sanción y el comportamiento del trabajador b) En los casos en que la causa alegada es inexistente, nunca se dio se utiliza a sabiendas una causa ineficaz c) En aquellos casos en que la carta de despido y la postura mantenida por la recurrente silencian las verdaderas motivaciones de la conducta o situación del actor que pretenden encubrirse mediante una causa de despido -falta de asistencia- ajena a la realidad; d) Si habiéndose declarado previamente la nulidad radical del despido, antes de proceder a la readmisión del trabajador, el empresario procede a la amortización de un puesto de trabajo a través del arto 52.c) LET e) Cuando bajo la apariencia de un presunto motivo de despido se pretende una declaración de improcedencia del mismo, haciendo ilusoria la protección del derecho del trabajador f) Cuando contratado el trabajador por tiempo indefinido, y habiéndose propuesto la firma de un contrato temporal a la que se negó, se procedió a despedirlo g) En los supuestos de extinción irregular de los contratos temporales h) Cuando el despido refleja, sin más «la voluntad decidida de despedir sin causa) i) Si «las causas de despido son imaginarias). j) Cuando «se prueba la total inexistencia de motivo para despedir), y el fraude, «por entrañar un fraude claro y patente, sin que exista base alguna para imputación)), se «considere totalmente inaceptable y violador del principio de buena fe que ha de presidir la relación jurídica, y con mayor motivo la laboral -arts. 1.258 CC, y 20.2 ET»).

Mediante el diseño de ambas figuras, la jurisprudencia, con el fin de intensificar la tutela de los derechos laborales, llevó a cabo un deslizamiento de las calificaciones del despido desde la improcedencia y nulidad a la nulidad radical 63. Aunque con alguna vacilación en los primeros momentos, se pretendió conseguir la efectividad del restablecimiento del trabajador en la integridad de su derecho o libertad conculcados mediante la aplicación analógica del mecanismo restitutorio previsto en los arts. 212 y 213 LOLS para los despidos de los representantes de los trabajadores (S. TC nº 89/1981); solución que por insuficiente, al permitir la sustitución del cumplimiento de una obligación de hacer por una obligación de dar -percibo de los salarios y mantenimiento de la situación de alta en la Seguridad Social-, fue abierta por la doctrina hacia nuevos planteamientos que, inspirados en los propios pronunciamientos constitucionales -S. TC n.O 205/19X7, de 21 de diciembre-, permitieran ir más allá de lo establecido en los citados preceptos «a fin de articular sanciones administrativas y penales que garanticen el efectivo cumplimiento de los derechos fundamentales por el empleador y que restablezcan al trabajador en la integridad de, su ejercicio».

Pues bien, receptor de estos planteamientos y aun sin desconocer el avance y acierto de su incorporación al Texto positivo, es lo cierto que, como ya tuve ocasión de exponer en otro lugar, el legislador llevó a cabo una reforma incompleta de la calificación de la nulidad del despido en el TALPL por cuanto realizaba una incorporación legislativa parcial del despido radicalmente nulo, omitiendo cualquier referencia a las extinciones contractuales fraudulentas o constitutivas de abuso de derecho y desaprovechaba una ocasión para prestar acomodo normativo a esta categoría conceptual y dar cumplida respuesta a las aspiraciones doctrinales y adecuado marco jurídico a una realidad social constatada y combatida por vía jurisprudencial, sin perjuicio de que, en lo

sucesivo dicha calificación pudiera ser mantenida por nuestros Tribunales con apoyo en los arts, 6 y 7 Cc. y de que éstos, a menudo, aunque cada vez con mayores restricciones, tendieran a atribuirle como consecuencia la necesaria ejecución de la sentencia en sus propios términos.

No obstante, puesto que el Texto Articulado no incluyó mención alguna al despido fraudulento, que, vigente la LPL de 1980, se incluyó por la doctrina jurisprudencial entre los casos de nulidad radical, su calificación quedó de nuevo pendiente de integración por los Tribunales y en sede científico-doctrinal. Con este motivo, se produjo una nueva corriente de interpretación que amparándose en la aprobación del nuevo Texto entendió que tales despidos debían declararse ahora improcedentes.

El punto de inflexión lo marca la S. TS de 30 de noviembre de 1991 66 que resumió parte de la doctrina precedente, al tiempo que apuntaba la posibilidad de que, vigente la nueva Ley de Procedimiento Laboral tal figura no fuese calificada con la nulidad, sino con la improcedencia; tesis que se ha mantenido por considerar que la enumeración de los supuestos de despido nulo contenidos en el artº 108 TALPL era cerrada y por tanto no extensible a supuestos no mencionados expresamente en el citado precepto 67. Tal es el pronunciamiento contenido en la S. TS de 2 de noviembre de 1993 según la cual «el citado artículo enuncia de manera cerrada los casos en que el despido ha de ser calificado como nulo, sin que en alguno de estos quepa incluir la referida figura, la cual, por tanto, carece actualmente de refrendo o apoyo legal»⁶⁸.

Este es, asimismo el planteamiento vertido en la S. TS de 27 de julio de 1993 69 en que, declarado fraudulento un supuesto de finalización de un contrato temporal, en aplicación del artº 6.4 del Código Civil se califica tal despido como improcedente y no nulo; planteamiento que se repite con cierta frecuencia y que pone de relieve ; cómo tras una serie de oscilaciones jurisprudenciales el Tribunal Supremo parece decantarse por la declaración de tales extinciones como improcedentes siempre que haya existido comunicación escrita cuya presencia impide la calificación de nulidad.

Se trata, en definitiva, de una figura jurídica que, ausente en los textos legales, ha experimentado una evolución jurisprudencial restrictiva, tanto por su carácter excepcional y extremado, como por la elevada dosis de arbitrariedad empresarial que encierra, en la medida en que con tales despidos se buscaba «inadecuado amparo en normas que autorizan despido causal para lograr un resultado contrario al ordenamiento jurídico, cual es obtener una declaración de improcedencia para despido carente de causa, por ser dolosamente inventada la que se aduce» (S. TS de 3 de noviembre de 1993).

2.2. Calificación judicial del despido y restricción de las causas de nulidad

Partiendo de los preceptos del TALPL (arts. 108 y sgts. en relación con el 122 y sgts.), relativos a la calificación de los despidos y puestos en conexión con los

arts. 53, 55 y 56 LET, el marco de la calificación judicial del despido hasta la Ley 11/1994 fue el siguiente: a) *Procedencia*, que se correspondía con los supuestos en que el empresario, habiendo cumplido los requisitos formales exigibles, acreditase la concurrencia de la causa legal indicada en su comunicación escrita (arts. 108.1 y 122.1). b) *Improcedencia* que, a *sensu contrario*, debería declararse cuando la causa alegada por el empresario no se acreditase o no fuera merecedora, a juicio del juzgador, de una sanción tan elevada y cuando el despido se hubiera efectuado con abuso de derecho o en fraude a la ley y existiera comunicación escrita que excluyera la nulidad. c) *Nulidad por defectos de forma*, apreciable en los supuestos de incumplimiento por el empresario de la comunicación escrita al trabajador, con mención de la causa y de la puesta a disposición de éste de la indemnización correspondiente, que se concretaba por la jurisprudencia en las siguientes

infracciones: 1) Falta de comunicación escrita del despido. 2) Omisión o defectuosa formalización del expediente contradictorio legal o convencional cuando el trabajador ostente cargo representativo unitario o sindical en la empresa, omisión de la audiencia a los restantes miembros de la representación a que el trabajador perteneciera, o de los Delegados Sindicales cuando de un trabajador afiliado al sindicato se tratase. 3) Ausencia en la comunicación de la causa o hechos que lo motivaron, indeterminación o inconcreción en los mismos. 4) Falta de ofrecimiento al trabajador de la indemnización debida en los despidos por circunstancias objetivas. 5) Inconcreción en la cuantía de esta indemnización. 6) Falta de simultaneidad entre la carta de despido y puesta a disposición de la indemnización en los despidos por circunstancias objetivas. 7) Puesta a disposición del trabajador de una indemnización insuficiente frente a la legalmente correspondiente, salvo que en su cálculo exista error excusable; defectos todos ellos sobre los que debe señalarse que la posterior observancia por el empresario de los requisitos incumplidos no constituirá en ningún caso subsanación del primitivo acto extintivo, sino un nuevo acuerdo de extinción con efectos desde su fecha. *Nulidad por motivos de fondo*, cuando la decisión extintiva «resulte discriminatoria o contraria a los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador», o cuando aquella afectara a un trabajador cuyo contrato se hallase en suspenso y la jurisdicción competente no apreciase la nulidad.

No obstante, este marco ha sido reformado por el legislador mediante la Ley 11/1994, con el fin de flexibilizar la extinción de los contratos de trabajo, fundamentalmente reduciendo los supuestos de readmisión obligatoria y ampliando los mecanismos para proceder a otras extinciones contractuales 71. Se mantiene la configuración causal y formal del despido así como las calificaciones -procedencia, improcedencia y nulidad- del mismo, si bien se resta importancia a los requisitos de forma y varían sustancialmente los supuestos que pueden dar lugar a la distinta calificación del despido por el juzgador.

Tal vez la novedad fundamental y de la que parten las demás reside en la marcada profundización que se produce en la escisión entre el despido disciplinario y el basado en circunstancias objetivas; a los efectos de las exigencias formales y su distinto tratamiento a la hora de determinar la calificación que haya de darse a la decisión extintiva empresarial.

Permaneciendo invariable la procedencia en ambos tipos de despido, las modificaciones más importantes se producen en la improcedencia y nulidad.

En relación con el segundo, el despido por circunstancias objetivas, se introduce una nueva causa extintiva 7:1 en el art. 52.c) TRLET, que aparece como residual respecto del art. 51 TRLET Y que viene a sustituir, inspirada en una filosofía muy distinta de aquélla 74, a la anterior necesidad de amortización de puesto de trabajo 75; pero se mantienen los requisitos de forma necesarios para proceder al despido y su ausencia determina la nulidad del mismo.

Sin embargo, en el despido disciplinario, aun manteniéndose las causas de extinción y su necesaria formalización en los términos de la normativa anterior, se produce una «descausalización» del despido en la medida en que desde la ley sustantiva se califica de igual modo el despido sin forma que el carente de causa 77 -y, en consecuencia, resulta indiferente la existencia de causa en relación con la opción entre despido nulo e improcedente- y se lleva a cabo un desplazamiento de las anteriores causas de nulidad por defectos de forma - falta de comunicación escrita o ausencia de causa o hechos que motivaron el despido, omisión o defectuosa formalización del expediente disciplinario legal o convencionalmente establecido, falta de audiencia a los delegados sindicales cuando el trabajador estuviera afiliado a un sindicato... -hacia la improcedencia (art. 55 TRLET y 108.1 TRLPL).

Prescindiendo ahora de las posibles disfunciones en que pudiera incurrir el legislador al dispensar distinto tratamiento y protección al incumplimiento de los requisitos formales en uno u otro tipo de despido 79, e independientemente de la prevalencia otorgada a los derechos constitucionalmente reconocidos sobre los defectos de forma, es lo cierto que todo ello se traduce en la consiguiente reducción del despido nulo, cuya calificación se reserva en el despido disciplinario a las extinciones discriminatorias o con violación de los derechos fundamentales (art. 108.2 TRLPL) –o si se quiere a los despidos «radicalmente nulos) con el y consiguiente ensanchamiento de la improcedencia. La consecuencia de todo ello no es otra que la simplificación de los supuestos de nulidad que se traduce en una reducción del espacio ocupado por la ejecución «en sus propios términos) y la consiguiente flexibilización del despido, llegándose con ello a lo que ya se ha calificado como el fin de «un corto oasis), iniciado con el Texto Articulado de 1990 con el que se reintegró al despido nulo sus más genuinas características.

Junto a estas modificaciones, sin duda importantes, el legislador omite de nuevo mención alguna sobre el despido disciplinario declarado en fraude a la ley a los efectos que al mismo deban atribuirse, e incurre con ello en una flagrante contradicción al mantener el despido por fraude a la ley en los despidos individuales y plurales objetivos 85 (arts. 51.1.5º TRLET Y 122.2.c TRLPL). Asimismo suprime intencionadamente la alusión al despido del trabajador que no fuese declarado procedente y cuyo contrato se hallase en suspenso, la calificación que el mismo deba merecer y los efectos ejecutivos que a la misma se añaden. No obstante se clarifican considerablemente, en lo que al proceso de ejecución se refiere, las consecuencias que deben ligarse a

la nulidad de los despidos colectivos sin la correspondiente autorización administrativa ex art 126 LRJS actual.

De todo ello se infiere un esquema de la calificación judicial del despido tras la Ley 11/1994 sustancialmente distinto del que pudiera contemplarse durante la vigencia del Texto Articulado de 1990. Es el siguiente:

- *La procedencia* del despido se reserva para los supuestos en que quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación y el despido procedente convalidará la extinción del contrato de trabajo que con aquel se produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación (art. 55.4 y 7 TRLET Y 109 TRLPL).

- *La improcedencia* puede fundarse en motivos *de fondo* por no acreditar el empresario la causa alegada para despedir (art. 55.4 TRLET) R6 o cuando los incumplimientos alegados y acreditados no alcancen gravedad suficiente para justificar el despido (por todas. S. TSJ Andalucía, Málaga de 10 de diciembre de 1993)87. Asimismo, puede tener su origen en defectos de forma por incumplimiento de los requisitos formales establecidos en el art 55.1 TRLET para el despido disciplinario 88.

- En cuanto a la *nulidad* del despido puede obedecer a *razones de fondo* en los supuestos en que el despido disciplinario tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador (art. 55 TRLET Y 108.2 TRLPL); o cuando el despido objetivo resulte, asimismo, discriminatorio o contrario a los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador (art. 122.2.c TRLPL). También, puede deberse a *cuestiones de forma* cuando el despido objetivo se haya efectuado en fraude a la ley, eludiendo las normas establecidas para los despidos colectivos en los casos a que se refiere el último párrafo del art 51 del TRLET (art. 122.2d TRLPL); en los casos en que el acuerdo empresarial de extinción colectiva de contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, fuerza mayor o extinción de la personalidad jurídica del empresario, se hubiese adoptado sin la previa autorización administrativa, en los supuestos en que esté legalmente prevista (art. 124 TRLPL); o en aquellos supuestos en que el empresario no cumpliera los requisitos establecidos en el aptdo. 1 del art 53 para el despido objetivo -comunicación escrita con mención de causa y puesta a disposición del trabajador de la indemnización correspondiente- (art. 53.4 TRLET Y 122.a y b TRLPL).

3.Improcedencia y derecho de opción

En los supuestos en que, cumpliéndose los requisitos formales propios del despido, no se acredite la causa alegada por el empresario para despedir o cuando el incumplimiento alegado y acreditado no alcance gravedad suficiente para justificar el despido, el Juez declarará éste *improcedente*; declaración cuyo efecto más inmediato es el derecho del empresario -salvo que se trate del despido de un representante legal de los trabajadores (art. 56.4 TRLET), por todas, S. TSJ Galicia de 20 de agosto de 1992 y S. TSJ de Andalucía de, 24 de julio de 199290-, a optar entre la readmisión del trabajador o el abono de las correspondientes percepciones económicas 91. La condena es siempre

alternativa (S. TSJ Cataluña de 6 de julio de 1992) y la opción, salvo en el supuesto cuya excepción se apuntó, corresponde al empresario, que deberá manifestar su decisión ante el Juez de lo Social (S. TS de 17 de septiembre de 1990 y Auto TSJ Navarra de 16 de septiembre de, 1991)92 en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia (arts. 56 TRLET y 110.3 TRLPL) y que, en caso de no efectuarla, se entenderá realizada en favor de la readmisión (art. 56.3 TRLET).

De optarse por la segunda de las posibilidades, corresponderá al trabajador una *indemnización* cuyo importe ascenderá al equivalente de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año hasta un máximo de 42 mensualidades (art. 56.1.a TRLET). Su cuantía, según determina la jurisprudencia, tomará como salario regulador el realmente percibido por el trabajador despedido en el momento del despido y no el que hipotéticamente pudiera tener derecho a percibir, siempre que se respeten los mínimos de derecho necesario (SS. TCT de 11 de diciembre de 1986 y 11 de febrero de 1987) 93, sin excluir los conceptos salariales de vencimiento periódico superior al mes 94 y sin que puedan deducirse los descuentos practicados por la cuota del trabajador a la Seguridad Social o por retención a efectos del IRPF 95

Asimismo, el trabajador tendrá derecho al percibo de otra cantidad 96, igual a la suma de los *salarios dejados de percibir* desde la fecha del despido 97 hasta la notificación de la sentencia que declare la improcedencia por la jurisdicción competente o hasta que aquel haya encontrado otro empleo si tal colocación es anterior a dicha sentencia y siempre que se pruebe fehacientemente por el empresario lo percibido 98 para su descuento de los salarios de tramitación (art. 56.1.b TRLET); solución que, en una primera aproximación, parece razonable porque, de acumularse los salarios de tramitación con los obtenidos en empleo distinto del extinguido, según ha sostenido con reiteración la jurisprudencia, pudiera producirse un enriquecimiento injusto del trabajador. A ello debe sumarse una particularidad propia del despido objetivo, según la cual, no es posible deducir de los salarios de tramitación los correspondientes al período de preaviso (art. 123.2 TRLPL):

En relación con dichos salarios deben tenerse en cuenta dos previsiones introducidas novedosamente por la Ley 11/1994. La primera de ellas consiste en que durante el período correspondiente a los mismos, el empresario debe mantener en alta al trabajador en la Seguridad Social (art. 56.1.b), lo que resulta particularmente revelador en orden a cual sea la verdadera naturaleza de los salarios de tramitación. La segunda, que correspondiendo la opción al empresario, estos últimos se limitarán a los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la conciliación previa, si en dicho acto el empresario reconociera el carácter improcedente del despido y ofreciese la indemnización (contemplada en el art. 56.1.a), depositándola en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador en el plazo de cuarenta y ocho horas siguientes a la celebración del acto de conciliación (art. 56.2) 99.

Esta última previsión, extensiva tanto a la conciliación procesal como administrativa 100, juega tan sólo en los supuestos de despido declarado

improcedente en que la opción corresponde al empresario-está excluida, por tanto, en los despidos nulos y en los improcedentes cuya opción se reserva al trabajador 101- y su finalidad no es otra que evitar innecesarias prolongaciones en la tramitación del despido 102; si bien, con ella se consigue una reducción de los salarios de trámite 103 y su efectividad exige de algunas cautelas 104 y plantea no pocos problemas prácticos 105.

Si el empresario optase por la readmisión, deberá notificar por escrito al trabajador dentro de los diez días siguientes a aquel en que se le notifique la sentencia para efectuarla en las mismas condiciones que disfrutase el trabajador con anterioridad al despido en un plazo no inferior a los tres días siguientes a la recepción del escrito (art. 276 TRLPL). No obstante, la problemática fundamental de la opción en favor de la readmisión, o de la procedencia de ésta cuando el empresario no hubiese optado, se suscita en los supuestos en que éste no procediere a su cumplimiento; supuestos a los que el legislador da solución en los arts. 276 y sgts., dentro del Libro IV «De la ejecución de sentencias», Título 1, Capítulo III, al referirse a «la ejecución de las sentencias firmes de despido».

En ellos se establece un procedimiento que comienza con la solicitud de la ejecución del fallo por el trabajador y que culmina con el auto por el que, salvo en los casos en que no resulte acreditada la no readmisión o readmisión irregular del trabajador, se declarará extinguida la relación laboral (arts. 277 a 279 TRLPL), se condenará al empresario al abono de los salarios dejados de percibir por el trabajador desde la fecha de la notificación de la sentencia que por primera vez declare la improcedencia hasta la mencionada resolución (art. 279, aptdo. c) y se acordará la indemnización pertinente a que hace referencia el art. 110.1 TRLPL.

Sin perjuicio de no ser este el lugar adecuado para su desarrollo, puesto que el proceso de ejecución de sentencias por despido será objeto de estudio en las páginas siguientes, deben realizarse algunas señalizaciones, a nuestro juicio importantes.

De una parte, es necesario precisar que la doctrina del extinto Tribunal Central de Trabajo 106, acorde con la S. TS de 12 de diciembre de 1986 107, dictada en interés de ley, estableció la imposibilidad de subsanación de la no readmisión una vez instada la ejecución, pues «los intentos de readmisión o los de modificar la irregular anterior tienen que haber ocurrido antes de pretenderse la ejecución».

En segundo lugar, resulta significativo que, según se declara expresamente, «todos los plazos establecidos...» para la solicitud de ejecución del fallo... «son de prescripción» (art. 277.3 TRLPL), por cuanto con ello el legislador entra en contradicción con lo sostenido en ocasiones por el TCT 108, según el cual, el plazo para instar el incidente de no readmisión es de caducidad y no de prescripción.

Finalmente, alcanza indudable trascendencia que la cantidad acordada para la indemnización en favor del trabajador se cifra en cuantía idéntica a la señalada como alternativa a la readmisión -cuarenta y cinco días de salario por año de servicio y hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades- con la significativa novedad de que, adicionalmente a ésta, el juzgador, en atención a las circunstancias concurrentes y a los perjuicios ocasionados por la no readmisión o la llevada a cabo irregularmente, podrá fijar otra de «hasta quince días de salario por año de servicio y un máximo de doce mensualidades, prorrateándose, en ambos casos, los períodos de tiempo inferiores a un año y computándose, en los dos supuestos, como tiempo de servicios el transcurrido hasta la fecha del auto» (art. 279.1.b). Indemnizaciones cuyas cuantías, tras una accidentada modificación, fueron sensiblemente reducidas en el texto definitivo del TALPL, que en el art 335.2 del Anteproyecto previó la fijación por el Juez de una única indemnización cifrada en «setenta días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de sesenta y seis mensualidades», incluyendo asimismo a estos efectos, como tiempo de servicios, los transcurridos hasta la fecha del auto.

Tal modificación se produjo, sin duda, influida por el carácter negativo de los informes emitidos sobre el precepto, básicamente coincidentes en afirmar la necesidad de su supresión, toda vez que suponía una modificación del Estatuto de los Trabajadores (art. 56) impropia de una Ley ejecutiva, y ante los cuales el legislador optó por el señalamiento de una indemnización equivalente a la fijada en la norma sustantiva, sin renunciar al establecimiento de una medida cuyo carácter, según se infiere de la propia redacción del precepto, es el de una indemnización de daños y perjuicios que trata de resarcir los ocasionados precisamente por la no readmisión o la readmisión irregular.

Por lo demás, según dispone el art 56.5 LET, cuando la sentencia emanada de la jurisdicción competente por la que se declare la improcedencia del despido sea dictada transcurridos más de sesenta días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda, el abono de los salarios de tramitación, correspondientes al tiempo que exceda del tiempo antes señalado, será por cuenta del Estado. La Ley 11/1994, en un intento clarificador señaló que «el empresario podrá reclamar del Estado el abono de los salarios de tramitación satisfechos al trabajador, correspondientes al tiempo que exceda de dichos sesenta días» (art. 56.5 LET). Esta prescripción, anteriormente desarrollada por los arts. 114 y 115 LPL, en relación con el RD 924/1982, de 17 de abril, sobre reclamaciones al Estado por salarios de tramitación en juicios por despido, concretaba una especie de «indemnización de daños por... funcionamiento anormal de la Administración de Justicia», que nuevamente es recepcionada, aunque con significativas novedades, por el TALPL y se incorpora al TRLPL que, dentro del Libro II, Título II, Capítulo II, como otra de las modalidades procesales, dedica los arts. 116 a 119 a la regulación de la «reclamación al Estado del pago de salarios de tramitación en juicios por despido», circunscribiendo el cómputo de los sesenta días a los transcurridos desde la fecha en que se tuvo por presentada la demanda, hasta «la sentencia del Juzgado o Tribunal que por primera vez declare la improcedencia».

Aun cuando se trata de una modalidad procesal -«De la reclamación al Estado del pago de salarios de tramitación en juicios por despido» (arts. 116 a 119 TRLPL)- que, en todo caso, excede del ámbito material de este estudio, guarda estrecha relación con él y su lectura plantea algunos interrogantes.

Se observa en ella una concreción de lo establecido en el art 57.1 TRLET al ser el empresario, que deberá reclamar los salarios ya abonados, quien acusa los efectos del retraso en el funcionamiento de la Administración, pero suscita no pocas cuestiones científico-doctrinales y prácticas, no sólo acerca de la naturaleza jurídica de lo reclamado (salarios), sino también, entre otras, el posible acomodo de la nueva regulación al art 121 CE, la posibilidad de que el legislador hubiese arbitrado otros mecanismos de efectividad más inmediata del abono de los salarios sin daño para las partes o la necesidad de concurrencia de los requisitos normados para que proceda el abono de los salarios a cargo del Estado, algunos de los cuales podían resultar innecesarios y son fruto del mero arrastre histórico

5. Nulidad del despido y readmisión del trabajador

Tanto en los supuestos en que el despido haya omitido la observancia de los requisitos de forma establecidos en el art 53 TRLET, para el despido por circunstancias objetivas, salvo el preaviso, susceptible de sustitución mediante abono de los salarios correspondientes a dicho período (art 53.4 TRLET Y 122.a y b TRLPL), como en aquellos en que la decisión extintiva resulte discriminatoria o vulnere los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador (arts 55.5 TRLET Y 108.2 y 122.2.c TRL),e los despidos objetivos que se hayan efectuado en fraude a la ley, eludiendo los umbrales de aplicación a que se refiere el art 51 (art 122.2d), o en los despidos colectivos efectuados sin la correspondiente autorización administrativa (art 124 TRLPL), el despido será declarado *nulo*; declaración cuyos efectos son, en relación con los despidos objetivos, según el pfo 5º del citado precepto, los indicados para el despido disciplinario, esto es, los contenidos en el art 55 TRLET, consistentes, según el nº 6 de éste, en la *readmisión inmediata del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir* y el efecto añadido para los supuestos de extinción por causas objetivas de la reintegración por aquél de la indemnización recibida . La readmisión aparece, pues, en el TRLET, salvo en los supuestos en que pueda procederse a un nuevo despido en el plazo de los veinte días a contar desde el siguiente al primer despido (art. 55.2 LET -Ley 11/1994-), como el efecto sin alternativa del despido nulo; con abono de los salarios de tramitación, desde la fecha del despido efectivo y real hasta la fecha de readmisión.

No obstante, la obligada readmisión del trabajador conecta ineludiblemente con el problema de la incoercibilidad de las obligaciones de hacer y, puesto que se trata de una obligación a la que puede considerarse incluida dentro de las contempladas en el art 1.088 Cc., cuyo objeto consiste en «hacer alguna cosa», el legislador previó el supuesto en que tal obligación no se cumpliera por el empresario, estableciendo, según se anticipó, la posibilidad de su sustitución por el equivalente económico. La Ley. al regular el supuesto en los

arts. 208 y sgts., dispuso que el trabajador no readmitido o readmitido irregularmente pudiera acudir a la Magistratura en demanda de sus derechos, de forma que, salvo cuando no se acrediten las circunstancias alegadas, el Magistrado pudiera acordar el abono a éste de una indemnización cifrada en cuarenta y cinco días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades, computándose a estos efectos, como tiempo de servicio, el transcurrido hasta la fecha del auto que resuelva el incidente (art. 211., 1º y 2º Ley anterior). De este modo, y puesto que no existe posibilidad alguna de coacción sobre el empresario para hacer efectiva la readmisión, la Ley admitía la posibilidad de una actuación judicial en que, ante el incumplimiento de la obligación empresarial, el trabajador fuese indemnizado con la cantidad que le hubiese correspondido de haber sido declarado el despido improcedente, igualando así, subrepticamente, los efectos del despido declarado nulo y los de este último.

Con independencia del posible exceso en que la norma procesal incurriera al desarrollar la norma material sobre nulidad del despido, es lo cierto que esta regulación, en abierta pugna con la necesaria restitución *in natura* de las obligaciones, demandaba de un cauce jurídico que adoptase nuevas perspectivas en el tratamiento de la infungibilidad de la obligación de readmitir, especialmente en aquellos supuestos en que, más allá del incumplimiento de las meras formalidades, el despido fuese calificado como nulo por discriminatorio en los términos de la doctrina constitucional y jurisprudencia expuesta.

Ya el TC en la S. de 23 de noviembre de 1981 121 postulaba con rotundidad que la nulidad radical del despido (discriminatorio) «comporta necesariamente la readmisión, excluyéndose toda facultad de opción ejercitable por el empresario, pues los efectos que se anudan a tal nulidad reclaman la integración de los trabajadores en su puesto con el pago de los salarios y el mantenimiento de sus derechos adquiridos»; siendo así que «la nulidad *ab radice* implica la necesaria readmisión y no permite la indemnización sustitutoria que es posible en caso de despidos simplemente nulos» (SS. núms. 47/1985, de 27 de marzo, y 88/1985, de 19 de julio); declaraciones que abocaron a la superación del planteamiento del llamado «incidente de no readmisión» mediante la aplicación analógica de lo dispuesto en los arts. 212 y 215., cuya literalidad, circunscrita a los delegados o miembros del Comité de Empresa, no supuso obstáculo alguno para su aplicación (S. TC 38/1981. de 23 de noviembre).

Con todo, mientras una línea jurisprudencial ordinaria admitía el acomodo del incidente de no readmisión a la letra y el espíritu del Estatuto de los Trabajadores, configuraba la obligación de readmitir como una obligación personalísima que no puede imponerse al empresario en un sistema de relaciones basado, entre otros, en el principio de libertad individual, o sostenía la necesidad de llevar a cabo una interpretación integradora y sociológica de los arts. 54 LET y 208 y 211 , superadora de una interpretación literal, en aras de la seguridad jurídica , la doctrina puso de relieve cómo el TC que prestaba

cobertura a una «ejecución en la que por razones atendibles, la cobertura es sustituida por el equivalente pecuniario» (S. TC 58/1983. de 29 de junio, F.J. 2.º) y dejaba abierta la cuestión de la posible ilegalidad a los Tribunales ordinarios, porque... sólo a ellos compete «adoptar decisiones respecto del modelo en que haya de entenderse, interpretarse y aplicarse la legalidad ordinaria» (S. TC ", 58/1983, F.J. 3.º), «no daba el paso definitivo... con la garantía de la restitución *in natura* de la obligación de readmitir al trabajador», denunciando la disociación existente entre las normas sustantivas y procesales, al tiempo que llevaba a cabo una crítica de esta línea jurisprudencial mayoritaria, denunciando la falta de solidez de los argumentos aportados ante la ausencia de un preciso encaje normativo en función de lo dispuesto en el ET y el art 18.2 LOPJ 128, en relación con los arts. 81.2 CE y 28.2 LOTC, y demandaba «la coerción propia de la sanción penal para los comportamientos antisociales, cual sería en este caso la resistencia o contumacia a la ejecución de la sentencia por parte del empresario» .

Receptor de estos planteamientos, el TALPL, en referencia conjunta a los efectos del despido del representante legal de los trabajadores declarado improcedente con opción por la readmisión, aquel cuyá nulidad se fundamentase en defectos de forma cuando no se proceda a efectuar el nuevo despido en el plazo de los siete días siguientes a dicha declaración, en la suspensión del contrato del trabajador despedido una vez haya concluido la causa de la suspensión, o en alguna, de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la Ley, o la violación de derechos fundamentales y libertades públicas (art. 279), dispuso que la sentencia *será ejecutada en sus propios términos*.

Idéntica terminología -ejecución «en sus propios términos»- fue utilizada por la Ley 11/1994, si bien como consecuencia de la reordenación practicada en ella por el legislador entre los supuestos de improcedencia y nulidad, ésta se reconduce ahora tan sólo al supuesto en que «el trabajador despedido fuera delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical y, declarada la improcedencia del despido, optare por la readmisión» y, genéricamente, a los supuestos en que se «declare la nulidad del despido». La innovación no radica en la alteración del régimen de ejecución en sus propios términos, sino en la reducción de los supuestos a que se aplica con el consiguiente ensanchamiento del ámbito de aplicación de la ejecución equivalente.

El Juez, una vez solicitada la readmisión, requerirá al empresario para que reponga al trabajador en su puesto de trabajo (art. 281.2 TRLPL) , Y si éste no diese cumplimiento a la orden de reposición, acordará que aquél «continúe percibiendo su salario con la misma periodicidad y cuantía que la declarada en la sentencia, con los incrementos que por vía de Convenio Colectivo o mediante norma estatal se produzcan hasta la fecha de la readmisión en debida forma», continúe asimismo en alta, con cotización a la Seguridad Social, y que, tratándose de un Delegado de Personal, miembro del Comité de Empresa o Delegado Sindical, continúe desarrollando, en el seno de la empresa, las funciones y actividades propias de su cargo, advirtiendo al

empresario que, de oponer algún obstáculo, su conducta se pondrá en conocimiento de la autoridad laboral a los efectos de sancionar su conducta de conformidad con lo dispuesto en el art. 97 del TRLET (art. 282 Ley).

Con ello, el legislador, junto a medidas que tienden a garantizar el correcto y normal desempeño de las funciones, derechos y competencias de los representantes de los trabajadores, introduce otras de carácter coercitivo indirecto que, con fundamento en el art 18 de la LOPJ y la Ley 31 de 1980 de la LBLPL, lejos de operar sobre la persona del empresario obligado, actúan compeliéndolo a adoptar una actitud favorable a la readmisión

III El tratamiento procesal de la ejecución definitiva del despido.

I. Presupuestos necesarios: un título ejecutivo, en especial la sentencia firme, por la que se declare improcedente o nulo el despido.

Resulta innecesario por reiterativo reproducir de nuevo la polémica en tomo a la diversidad de títulos que dan lugar a la ejecución, zanjada en sus aspectos más cruciales por la propia Ley al atribuir valor suficiente para iniciar un verdadero proceso ejecutivo a títulos distintos de las resoluciones judiciales (arts. 63, 68, 235.1 y disposición adicional séptima TR) . No obstante, no puede desconocerse que el Texto Refundido toma como parámetro la «sentencia» a la que erige en título ejecutivo por excelencia y sobre la que resultan obligadas algunas precisiones en la medida en que no puede tratarse de una sentencia meramente declarativa (SS: TC 67/1984, de 7 de junio; Auto TC 622/1986, de 16 de junio) que conforme a la doctrina del TC constituye la excepción a la regla general del derecho fundamental a la ejecución de la sentencia, que tiene como presupuesto básico la existencia de un fallo condenatorio.

Aun cuando la jurisprudencia constitucional modera la aplicación de la regla contenida en el art 71.4 LRJS, rectificado ya en la actual, admitiendo el ejercicio de acciones declarativas en el el proceso laboral, ello se condiciona a que se cumplan determinadas exigencias entre las que se encuentra que el ejercicio de la acción esté justificado por una necesidad de protección jurídica y a que exista una correspondencia de ésta con la pretensión deducida y aun de esta última con el interés que pretenda tutelarse (por todas, S. TSJ Extremadura de 16 de noviembre de 1.992).

Junto a ello, aplicando la doctrina constitucional, los Tribunales prohíben la acción de futuro, sin la concurrencia de los requisitos necesarios, que quede convertida en un juicio puramente hipotético impropio de la función que tienen atribuida los órganos jurisdiccionales (S. TS de 15 de julio de 1987 y S. TSJ Extremadura de 16 de noviembre de 1992). No obstante, el TC declara que «una forma de tutela de condena, como la condena de futuro, no puede ser excluida o negada *a radice* sólo por el hecho de que, por excepción a la regla general, conlleva la tutela preventiva de prestaciones todavía no exigibles».

Esto no significa «la indiscriminada admisibilidad *ex Constitutione* de este tipo de tutela en toda clase de procesos»; sino que «corresponde al legislador o, en su defecto, a los jueces y tribunales, sobre la base de los principios generales

del ordenamiento... perfilar los presupuestos y límites de este tipo de tutela jurisdiccional, que ha de contar, por parte de quien impetra la tutela y similarmente a los supuestos de ejercicios de acciones meramente declarativas (SS. TC 71/1991, 210/1992 y 20/1993) con un específico y cualificado interés que le habilite y legitime para solicitar una tutela frente a quien a quien no ha incumplido la obligación que le incumbe, pero que, por su conducta actual, es previsible que no la cumpla» (S. TC 194/1993, de 14 de junio).

Por lo demás, las sentencias declarativas «son admisibles en el proceso laboral cuando el interés del actor se cumple con tal modalidad de protección jurisdiccional y (...) no pueden ser ejecutadas en cuanto a sus efectos económicos sino a través de una nueva sentencia que condene al cumplimiento de lo declarado en la primera, ya que ésta, por su propia naturaleza se limita a la declaración de la existencia o inexistencia de una relación ó situación jurídica controvertida, conteniendo como fin autónomo una declaración de certeza de la ley cuyos efectos quedan reducidos a la certidumbre del derecho declarado» (S. TS casación para unificación de doctrina- de 13 de febrero de 1992).

Las sentencias meramente declarativas no pueden ser ejecutadas por sí mismas en la medida en que necesitan una nueva sentencia que condene al cumplimiento de lo declarado en la primera (S. TS de 3 de febrero de 1992) o, en otras palabras, «requieren para su eficacia la concreción temporal y cuantitativa a través de un procedimiento (distinto) que conduzca a un pronunciamiento de condena» (S. TSJ Rioja de 30 de noviembre de 1992); de manera que las sentencias recaídas en estos procedimientos sí serán ejecutivas.

Debe tratarse, además, de una *sentencia firme*. Tratándose de sentencias, estas deben haber ganado firmeza para ser susceptibles de ejecución definitiva (por todas, S. TSJ Madrid de 12 de marzo de 1991). Y son firmes aquellas contra las que no cabe recurso alguno, salvo el de revisión u otros extraordinarios que establezca la ley (art. 245.3 LOPJ). Por tanto, debe tenerse en cuenta que para ejecutar la sentencia en materia de despido habrá de transcurrir el plazo de 5 días para anunciar el recurso de suplicación (art. 192 TRLPL) o el de 10 días en el de casación para unificación de la doctrina (art. 218 TRLPL) -ambos desde la notificación de la sentencia- Asimismo, debe tenerse en cuenta que el posible recurso de casación para unificación de la doctrina puede impedir la firmeza de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior que resuelva el recurso de suplicación frente a la sentencia recurrida del Juzgado de lo Social (art. 216 TRLPL).

Dada la estrecha relación entre el ámbito del proceso de ejecución de las sentencias y la normativa material sobre regulación genérica del despido, es claro que en todo caso la ejecución contemplada en el Cap. III afecta a las sentencias dictadas sobre despido disciplinario y, en coherencia con cuanto se expuso sobre el concepto de este último, a los demás supuestos de extinción del contrato de trabajo fundados en la voluntad unilateral del empleador, esto es; despidos por causas objetivas y colectivos por causas técnicas,

organizativas o de producción o fuerza mayor. Estos últimos, más que en lo relativo a la aplicabilidad del proceso (art. 124 TRLPL), ofrecieron algún problema, hoy clarificado, en lo que se refiere a la integración del régimen propio de la ejecución. En todo caso, la referencia a las «Sentencias... de despido» debe entenderse efectuada a las sentencias en las que se declara la ilicitud de un «despido» en sentido técnico y no estrictamente legal.

Por último, aun cuando excepcionalmente, en algún supuesto de procedencia del despido, pudiera resultar necesaria la solicitud de ejecución, no sobre el pronunciamiento principal de la extinción del contrato, sin derecho a indemnización ni salarios de trámite (art. 109 TRLPL), sino sobre alguna de las consecuencias accesorias de dicho pronunciamiento y que constituyen se refiere a sentencias por las que se declare el despido nulo o improcedente, sin opción, en este último supuesto, por la indemnización.

De todo ello parece deducirse que la regulación contenida en los arts. 276 a 284 se proyecta sobre el conjunto de obligaciones derivadas para el empresario de la sentencia que declara el ejercicio ilegítimo de su decisión extintiva y que la especialidad del proceso ejecutivo conecta con la materia sobre la que opera: el despido, su revisión judicial y las consecuencias de ésta.

Sin embargo, la correspondencia que en la ejecución de sentencias firmes por despido y la regulación contenida en los preceptos indicados no es exacta, toda vez que en algunos supuestos, la responsabilidad derivada de la ejecución para el empresario es puramente pecuniaria y en tal caso, cuando se trate del abono de los salarios de tramitación o del abono de la correspondiente indemnización legal, deben aplicarse, sin mayores especialidades, las normas sobre ejecución dineraria.

2. El dual tratamiento de la ejecución.

Ejecución por sustitución y “en sus propios términos”

Sobre los presupuestos anteriores, la Ley contiene un tratamiento procesal distinto cuando se trata de dar cumplimiento a una sentencia en que el despido haya sido declarado improcedente y cuando tal declaración afecta a un despido declarado nulo (S. TSJ Rioja de 31 de diciembre de 1992).

De una parte, los arts. 276 a 279 previenen un incidente de no readmisión «relativo única y exclusivamente a los supuestos de despido improcedente en los que habiendo correspondido el derecho de opción al empresario, lo haya ejercitado expresa o tácitamente en favor de la readmisión, respondiendo dicho procedimiento incidental a la finalidad de valorar dinerariamente en beneficio del no readmitido la conducta empresarial de no dar cumplimiento a una resolución judicial firme y ejecutoria y subsiguiente compromiso de readmisión, para sustituir la obligación de readmisión por la indemnización, con fundamento jurídico en que las conductas de hacer y no hacer pueden transformarse en ejecución de sentencia en prestaciones de Cantidades pecuniarias, de acuerdo

con lo preceptuado por los arts. 919 y sgts. de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (S. TSJ Andalucía (Málaga) de 24 de julio de 1992).

De otra parte, los arts. 280 y sgts. TRLPL, tras la redacción dada a los correspondientes preceptos del TALPL por la Ley 11/1994, regulan distintamente de los anteriores el incidente de no readmisión, cuando afecta a dos supuestos en que la *sentencia será ejecutada en sus propios términos*:

- Aquel en que el trabajador despedido sea delegado de personal, miembro del Comité de Empresa o delegado sindical y haya optado por la readmisión expresa o tácitamente, tras la declaración - de improcedencia de su despido.
- Cuando el despido hubiera sido declarado nulo.

Esta segunda modalidad incidental obedece al propósito de «restaurar la relación laboral forzando el Magistrado la readmisión mediante la adopción de una serie de medidas básicas y complementarias», contempladas en el art 282, sin que «sea posible legalmente en estos casos la sustitución de la readmisión por la indemnización principal y por la indemnización complementaria o salarios de tramitación, por la sola y unilateral voluntad del trabajador despedido que no quiera reincorporarse a la empresa sino que prefiera ser indemnizado» (S. TSJ Andalucía (Málaga) de 24 de julio de 1992; análogamente, S. TSJ Galicia de 26 de junio de 1991) de manera que «el trabajador afectado por la sentencia de despido ejecutable en sus propios términos o ejecución *in natura*, tiene necesariamente que solicitar la readmisión en el Juzgado de lo Social, sin que pueda pedir ante éste la extinción de la relación laboral con las indemnizaciones sustitutorias», con la excepción marcada a juicio de la jurisprudencia por el «mutuo acuerdo de ambas partes, que podrán estipular la sustitución del reingreso del trabajador por indemnización económica, aunque la validez de este pacto puede quedar desvirtuada por el art 244 de la "Ley rituarial laboral, que prohíbe «la transacción o renuncia de los derechos reconocidos por sentencias favorables al trabajador» (S. TSJ Andalucía - Málaga- de 24 de julio de 1992), o a menos que la readmisión devenga imposible en los términos del art. 284 LRJS'

Así configurados sendos trámites de ejecución, la segunda modalidad, introducida en el Texto Articulado de 1990, es, sin duda, la más novedosa respecto de la Ley de 1980. Si bien en su conjunto el modelo de ejecución diseñado permite extraer como hilos conductores más característicos, la clara sumisión de la Ley procesal a la sustantiva, cuyos pasos continua en la medida en que ello es posible y la actitud de pasividad del trabajador que, cuando la solución legalmente impuesta es la efectiva readmisión, «resulta en casi todos sus términos predeterminada por la ley» sin duda el rasgo más sobresaliente es «la atención prestada por el legislador a la reanudación efectiva de la prestación laboral». La mayor diferencia respecto de la LPL de 1980 reside en que mientras en esta última la reanudación de la relación no garantizaba la prestación efectiva de trabajo, cuidándose tan sólo del salvaguardar los derechos económicos del trabajador», a este cuidado se añade ahora la conminación del ejecutado a cooperar con el trabajador en el cumplimiento de la prestación laboral mediante la presión económica constante y añadida al abono de los salarios o la cotización a la Seguridad Social.

Cuestión distinta es que, como ya se indicó, la Ley 11/1994 al proceder al reajuste de los supuestos de improcedencia y nulidad del despido llevase a cabo una reducción de los supuestos de despido nulo y con ello de la ejecución en sus propios términos.

La novedad radica, no tanto en la alteración del régimen de ejecución, como en la restricción de los supuestos a los que se aplica la ejecución en sus propios términos y en que, correlativamente a la dilatación del ámbito de aplicación de la improcedencia -en el que se incluyen ahora los despidos disciplinarios formalmente defectuosos-, -se haya producido un ensanchamiento de la ejecución por sustitución. Todo ello supone un retroceso involutivo en los logros alcanzados por el Texto procesal de 1990, empeñado básicamente en conseguir una ampliación de los reductos ocupados por la efectiva readmisión del trabajador frente a una ilegítima decisión extintiva del empresario, o, si se quiere, comprometido con la tarea de dar continuidad al negocio jurídico -al contrato de trabajo en estos casos.

En cualquier caso, el proceso de ejecución de las sentencias por despido es aparente y relativamente sencillo. Pese a la diversificación de trámites e incidentes en cada uno de los supuestos, ambos presentan una estructura común. A requerimiento del trabajador que afirma el incumplimiento por el ejecutado de la obligación impuesta en el título ejecutivo, el órgano judicial activa los mecanismos de los que legalmente dispone para hacer ejecutar lo juzgado. La activación de las correspondientes técnicas ejecutivas esta precedida de una fase declarativa, de objeto limitado, cuya función consiste básicamente en la comprobación del grado de cumplimiento de la obligación impuesta y en función de cuyos resultados adoptará el órgano judicial los correspondientes _acuerdos. No obstante, pese a ser su estructura tan simple, la ejecución plantea una amplia diversidad de problemas teóricos e interpretativos que, si bien parecen manifestarse en el plano conceptual no están exentos de trascendencia práctica, así como un número importante de cuestiones estrictamente procesales y procedimentales.

3 Algunas cuestiones sobre la delimitación del proceso de ejecución.

El modelo de ejecución diseñado se halla inserto en el conjunto de las normas procesales laborales y del proceso en general sin que pueda por ello prescindir de los principios aplicativos generales del Derecho ni de su coexistencia con otros procedimientos respecto de los que pudiera resultar colindante. De otra parte, pese al interés demostrado por el legislador en ordenar las consecuencias del incumplimiento de la obligación empresarial de readmitir agrupando en una u otra modalidad de ejecución los diferentes supuestos de despido y sus calificaciones, es lo cierto que persisten reductos en los que, si bien la calificación judicial no ofrece mayores problemas, su adscripción a uno u otro tipo de consecuencias resarcitorias queda por determinar.

En este sentido, si bien la ejecución tiende a hacer efectivos los derechos reconocidos al trabajador o, desde otro punto de vista, a conseguir el cumplimiento de una sentencia de condena dictada en su favor, en modo alguno admite «un componente abusivo en la acción ejercitada por el recurrente» ni puede suponer «una reacción manifiestamente desproporcionada» porque, ni siquiera en este caso el ordenamiento ampara el abuso de derecho (S. TS de 22 de enero de 1990). Asimismo, es doctrina de nuestros Tribunales que la ejecución no puede comportar efectos desproporcionados que supongan un atentado contra el orden ético y humano (S. TSJ Madrid, de 12 de marzo de 1991 ;8 de enero de 1991; SS. TS de 11 de noviembre de 1985 y 3 de noviembre de 1986). «No puede magnificarse, sino ponerse en relación con la trascendencia del incumplimiento que, en su cuantía, ponga de manifiesto un verdadero e importante perjuicio que pueda valorarse sobre el fin esencial de pervivencia de la relación laboral, sino que hay que hacerla compatible con la situación de hecho en el momento de cumplirse, a la buena fe del empresario que excluya la posibilidad de fraude o discriminación y al correcto uso de las facultades de dirección que le competen» (Fundamento de Derecho Segundo, S... TSJ Madrid, de 12 de marzo de 1991).

3.1. Sobre la ejecución de sentencias firmes por despido frente a entes públicos

En lo relativo al ámbito de aplicación del proceso, o si se quiere, a su delimitación respecto de otros procesos ejecutivos, uno de los problemas fundamentales se centra en averiguar si las normas previstas en el Cap. III son de aplicación al procedimiento común de ejecución de las sentencias por despido o si -también se aplican en los procedimientos de ejecución por esta causa frente a las Administraciones Públicas, a las que hace referencia el Cap. IV (arts. 285 y 286) «De la ejecución de las sentencias frente a entes públicos».

La cuestión viene planteada, de una parte, por la consolidación de distintas líneas de interpretación jurisprudencial, anteriores al propio TALPL, flexibilizadoras de las normas laborales sobre extinción irregular no válida y aun de la posición de la Administración como empleador que, si bien se hallan en vías de superación, exceptuaban la posibilidad de readmisión forzosa del trabajador despedido por aquella, bajo pretexto de impedir el acceso por esta vía a la condición de funcionario, con evidente confusión, en ocasiones, o entre la distinta naturaleza de la relación laboral y funcional. De otra, por «el criterio clasificatorio incongruente» observado en este caso por el legislador que, a diferencia de lo sucedido con la modalidad ejecutoria sobre sentencias por despido fijada sobre la base del contenido o materia de la obligación impuesta al condenado-ejecutado, atiende en este caso a la naturaleza de la persona condenada.

En una primera aproximación, del tenor literal del art 285 pudiera desprenderse la inaplicabilidad de las normas generales sobre ejecución del despido a los supuestos en que la Administración Pública actúe como empleador condenado.

Esta y otras razones basadas en la propia especialidad, «que tiende a atraer al ámbito de los preceptos citados (arts. 285 y 286) todos los procesos por ejecución en los que el ente público ocupe la posición jurídica de ejecutado», pero que «sólo puede operar con plenitud en la medida en que no provoque absurdos interpretativos, dejando sin cubrir partes sustanciales del proceso de ejecución», han llevado a sostener que en aquellos aspectos no cubiertos con la mera referencia efectuada en el art. 285 al requerimiento a la Administración condenada y a la comparecencia que pueda producirse «en su caso» para decidir «cuantas cuestiones se planteen en ejecución», será precisa «la aplicación de la normativa específica sobre ejecución de las sentencias por despido, habida cuenta de que es la propia LPL (TRLPL) en el capítulo correspondiente la que ha renunciado a delinear plenamente un proceso de ejecución íntegro referido a, y aplicable a, los entes , públicos».

Se trata, en definitiva de una tesis que razonadamente sostiene la aplicación supletoria de las normas sobre ejecución de las sentencias firmes de despido en las ejecuciones incoadas frente a la Administración, de manera que «sólo resultarán de aplicación las normas referidas a los mecanismos a adoptar para velar por el adecuado cumplimiento de las sentencias a que hace referencia el pfo. 2º del art 285, entre las cuales, por cierto, no se encuentra ninguno de los enunciados para garantizar la readmisión efectiva en los arts. 281 y 282 162 de la Ley anterior, para los supuestos de despidos nulos que llevan aparejada esta consecuencia» y que resignadamente presta respaldo a la interpretación jurisprudencial anterior, sostenedora de la imposible readmisión del trabajador cuando un ente público actúa como empleador.

No obstante, más allá de la interpretación estrictamente literal y técnico procesal de la norma, es posible argumentar la aplicación del proceso de ejecución de las sentencias firmes por despido también frente a la Administración cuando el actor ejecutante frente a ésta sea un trabajador vinculado a ella por una relación laboral, como han comenzado a hacer algunos de nuestros Tribunales (S. TSJ Andalucía -Granada- de 19 de mayo de 1992). De la propia Sentencia del Tribunal Supremo, dictada en recurso de casación para la unificación de la doctrina, de 18 de marzo de 1991, se desprende que «las Administraciones Públicas, cuando actúan como empresarias y celebran contratos de trabajo temporales, no están exentas de atenerse y respetar la normativa general, coyuntural y sectorial que regula esta clase de contratos en el Derecho del Trabajo», lo que «chocaría frontalmente con el principio constitucional de legalidad (art. 9.1 CE)»... «sin que exista prohibición alguna sino posibilidad real de que dichas Administraciones puedan vincularse o resultar vinculadas por un contrato laboral por tiempo indefinido, independientemente y al margen de la relación de empleo, de carácter administrativo, que puedan mantenerse con sus funcionarios».

Por ello como razona el TSJ de Andalucía, «de la misma forma que las Administraciones Públicas no pueden eludir las normas laborales reguladoras de los contratos de esta naturaleza, tampoco pueden eludir, salvo las excepciones legales y expresamente previstas, las normas procesales aplicables a la ejecución de las sentencias por despido como cualquier

empresario.. pues lo contrario implicaría un claro atentado al principio de igualdad, consagrado en el art 14 de la Constitución, todo ello sin perjuicio de las especificidades que, para cada caso, la ley prevea» (Fundamento de Derecho Primero, S. de 19 de mayo de 1992, cit.).

Por lo demás, en el estricto plano procesal, es posible una interpretación sistemática que armonice ambos procedimientos y que en virtud de la propia regulación específica, lejos de mostrarse excluyente del proceso de ejecución de las sentencias por despido a las Administraciones Públicas, la integre en su contenido. El hecho de que se prevea un capítulo (el cuarto), dentro del Título I. Libro IV del TRLPL dedicado a la ejecución de sentencias frente a entes públicos no excluye la posibilidad de adoptar medidas no expresamente previstas en él. Antes bien, el art.285.1 actúa como nonna habilitadora de remisión al autorizar al órgano judicial, de oficio o a instancia de parte, a adoptar cuantas medidas sean necesarias para promover y activar (la)» ejecución; así como a las necesarias «para lograr la efectividad de lo mandado, en los términos establecidos en esa Ley». De este modo, el art 285 practicaría una remisión integradora de la normativa específica a lo preceptuado en esta Ley. De tan amplia remisión, el legislador únicamente excluye la aplicación de «lo previsto en el art 239» -«que no será de aplicación»-; de manera que ante tan estricta exclusión, reducida al ~encionado precepto, nada obsta la aplicación de las medidas previstas en los arts. 275 y sgts, entre los que se hallan los arts. 281 a 282 167 y que, sin duda, activan la ejecución en estos casos y contribuyen a lograr su mayor efectividad.

En esta misma dirección, sosteniendo la posibilidad de aplicar condenas de readmisión en la Administración pública, el TS en S. de 27 de julio de 1992, razona cómo la declaración de nulidad de un despido acordado en situación de suspensión del contrato debe llevar a la readmisión del trabajador, sin que la ejecución en sus propios términos pueda quedar sin efecto por tratarse de la Administración.

Dicha ejecución no es incompatible con las exigencias de mérito y capacidad en el acceso en condiciones de igualdad a la función pública que afectan al estadio preliminar de la relación de trabajo. Ello, independientemente de que tras la Ley 11/1994 el despido del trabajador con contrato en suspenso sea merecedor de la calificación de improcedencia, pues la Sentencia, en definitiva, confirma la posibilidad de una condena a readmisión -ya sea obligatoria u opcional- aun cuando el empresario sea un sujeto de Derecho público 168.

3.2. Acerca de ciertas omisiones en la norma procesal y su distinto encaje en los efectos de la ejecución.

Delimitado el distinto tratamiento procesal de la ejecución y aun cuando pudiera parecer que el legislador presta encaje en cada una de las modalidades- de ejecución a los posibles supuestos de despido y su correspondiente calificación; es lo cierto que, como se puso de relieve en páginas anteriores, existe una incompleta trasposición al Texto procesal de la elaboración doctrinal del Tribunal Constitucional, ausente aquel de mención sobre los despidos

acordados con abuso de derecho o fraude a la ley, y que el legislador deja un escaso margen para el acomodo de otras formas de extinción distintas del despido en sentido técnico-jurídico, pero asimiladas a éste por la jurisprudencia. Asimismo, la Ley 11/1994 suprimió la mención a alguno de los anteriores supuestos de nulidad, cuyo encaje a efectos de calificación judicial y ejecución de la sentencia requiere, siquiera sucintamente, de algún comentario.

3.3.2.1. La negativa al reingreso del trabajador excedente

Con carácter general y sin perjuicio de los supuestos colectivamente acordados, sometidos al régimen y los efectos que en el Convenio se prevean, la regulación de la excedencia voluntaria otorga al trabajador un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa (art. 46.5 TRLET) 169. Pese al silencio legal y conforme a una reiterada jurisprudencia, la existencia de vacantes a que se condiciona el reingreso del excedente voluntario se encuentra delimitada por la necesidad de que la vacante sea de igual o similar categoría a la de aquel (S. TSJ País Vasco de 19 de febrero de 1992) 170°.

Como consecuencia de ello, tal condicionante no genera obligación para el empresario de crear nuevas plazas, debiendo atenerse el trabajador a las que existen o se produzcan, permaneciendo entretanto suspendido su contrato de trabajo, aunque se impone a la empresa la carga de «la prueba de la no existencia de vacante idónea» (S. TSJ Cataluña de 17 de enero de 1992 y S. TSJ Castilla y León de 24 de febrero de 1992) 171.

Acreditada la existencia de ésta y presentada la correspondiente solicitud de reingreso por el trabajador, la negativa a la readmisión por el empresario constituye un despido 172 (S. TS en casación para la unificación de la doctrina de 21 de febrero de 1992 173, S. TSJ Galicia de 27 de febrero de 1992 174, S. TSJ Madrid, de 4 de febrero de 1992 175, entre otras 176) y éste será calificado por el Juez de lo Social 177 que, de existir vacante o ante la «no realización de prueba alguna para demostrar la inexistencia» de aquella, lo declarará nulo (S. TSJ Cataluña de 17 de enero de 1992)178.

En tal caso, la declaración judicial evidencia que, «desde la propia perspectiva del Derecho positivo vigente (el supuesto) se inserta plenamente en el ámbito del procedimiento de ejecución (...y) que la obligación impuesta por la condena (es) la reincorporación del trabajador a la actividad laboral» (S. TS, en casación para la unificación de la doctrina de 2 de octubre de 1992) 179; si bien, habida cuenta del difícil encaje del supuesto en cualquiera de los enumerados con anterioridad en el artº 279 TALPL, subsistía el interrogante sobre la procedencia de la ejecución de la sentencia dictada en sus propios términos.

Prescindiendo ahora de posibles interpretaciones doctrinales y siguiendo los razonamientos del TS, la solución partía del artº 238 TALPL. En él se dispuso que la ejecución «se llevará a cabo en los propios términos establecidos en la sentencia»; pero «no hay previsión general para los supuestos de

incumplimiento en plazo o de imposibilidad de cumplimiento (caso del hecho personalísimo), lo que podía comportar, en su caso, la aplicación subsidiaria del art 924 LEC (vid. arts. 234.1 y disposición adicional primera TALPL) sobre ejecución a costa del condenado o indemnización sustitutoria». Sin embargo, existía «una previsión específica respecto de los supuestos de incumplimiento de la obligada reposición en la actividad laboral que contempla el art 281 de la Ley para determinados supuestos de despido (los del art 279.1) consistente en la percepción del salario por el trabajador, amén de otros efectos de tipo laboral» (Fundamento de Derecho Primero, S. T .S. de 2 de octubre de 1992).

Tal previsión resultaba aplicable al supuesto que nos ocupa, porque éste, a juicio del citado Tribunal, «contiene la misma *ratio decidendi* que la contemplada por el art 281 », toda vez que: a) Se trata de una decisión judicial que impone, ante una relación laboral que recobra plena efectividad (concluido el período de excedencia) una incondicionada obligación empresarial de reincorporar al trabajador a su propia actividad laboral. b) Ni legal ni judicialmente se concede a la empresa una específica opción o una alternativa a dicha obligación. c) El obligado abono del salario, por razones de seguridad jurídica, de acatamiento a las decisiones judiciales y de efectividad de la tutela judicial no enerva la obligación empresarial de readmitir, pero al mismo tiempo garantiza la indemnidad de la situación jurídica del trabajador (Fundamento de Derecho Segundo, S. TS de 2 de octubre de 1992, cit.).

Por lo demás, los razonamientos anteriores resultaban más válidos aun, si cabe, en relación con los supuestos de negativa al reingreso de un trabajador en situación de excedencia forzosa que, como reiteradamente han puesto de relieve la doctrina y la jurisprudencia equivale también a un despido y en los que, declarada la nulidad del despido 180, la efectiva reincorporación del trabajador a la empresa no se condiciona a la existencia de vacante, puesto que consecuentemente con el carácter forzoso de la excedencia, se liga a esta «la conservación del puesto de trabajo» (art. 46.1 LET).

La solución a la que se llegaba -declaración de nulidad del despido y readmisión, o ejecución en sus propios términos, de la sentencia-, es la misma a la que conduce el vigente art 280 TRLPL. Si bien la enumeración de causas de nulidad del despido que abocaban a la ejecución específica fue el argumento utilizado para desechar esta modalidad de actuación en los supuestos en que el despido fuese declarado nulo por razones distintas a las contenidas en él, o el obstáculo que obligaba a encontrar tal solución en itinerarios jurídicos alternativos, hoy no puede discutirse que, declarada la no readmisión despido nulo, la sentencia ha de ejecutarse en sus propios términos. La nueva redacción dada al art. 279 por la Ley 11(1994, hoy incorporada al texto del art 280 TRLPL no se refiere a los motivos que han llevado al Juez a declarar la nulidad, únicamente enuncia que esta última da paso al proceso de ejecución forzosa de la obligación de readmitir.

3.2.2.Los despidos abusivos o efectuados en fraude de ley

Partiendo de la calificación de nulidad radical que bajo la vigencia de la LPL de 1980 fue la considerada como la adecuada por el TS para los despidos abusivos o fraudulentamente realizados, tras la aprobación del Texto Articulado y en virtud del silencio que guardaba al respecto, se inicia una evolución jurisprudencial restrictiva que podía resumirse en que, existiendo en aquellos comunicación escrita, se excluye la declaración de nulidad por no hallarse expresamente prevista en el arto 108.2 T ALPL, obviándose así la aplicación de lo dispuesto en los arts. 6.4 y 7 Cc.

Por lo demás, fue doctrina del citado Tribunal que «el fraude aducido (...) no se beneficia con presunción alguna, por lo cual para su apreciación resultaba necesario que la actividad probatoria desplegada por la parte demandante hubiera dado lugar a demostración cumplida» (SS. TS de 13 de junio de 1990 y 4 de febreo de 1991.) y que, habida cuenta de la adopción de parámetros restrictivos respecto de la calificación del despido fraudulento, éste «constituye (una) figura excepcional y extrema, en tanto que no contemplada por el Estatuto de los Trabajadores, requiriendose para que proceda dicha calificación que la decisión extintiva se hubiera producido no sólo de manera antijurídica, pues la nulidad o improcedencia también corresponden a despidos producidos por actuaciones empresariales que son contrarias a Derecho, sino, además, con dosis de arbitrariedad especialmente intensas, atentatorias de los más elementales principios que informan el ordenamiento jurídico laboral, buscando inadecuado amparo en normas que autorizan despido causal para lograr un resultado contrario al ordenamiento jurídico, cual es obtener una declaración de improcedencia para el despido carente de causa, por ser inventada la que dolosamente se adujo» (S. TS -dictada en casación para unificación de la doctrina- de 30 de noviembre de 1991).

Pero, reformada la legislación al respecto, la Ley 11/1994, de 19 de mayo, siguiendo la voluntad legislativa manifestada por el Texto Articulado de 1990 y ahora el TRLPL no hacen referencia alguna al despido fraudulento y este último mantiene la tradicional confusión existente en relación con su calificación jurídica. Aun cuando la ausencia de mención pudiera llevar a la conclusión de que en el futuro estas situaciones van a ser calificadas como despidos improcedentes por cuanto las causas de nulidad del despido disciplinario han sido considerablemente mermadas hasta verse reducidas a los despidos con vulneración de los derechos fundamentales, es lo cierto que, de una parte, tal restricción se lleva a cabo únicamente en las previsiones de la ley, y por tanto, no obsta la subsistencia de otros supuestos de nulidad que hubieran sido configurados con anterioridad por la jurisprudencia o la doctrina legal que puedan configurarse en el futuro «fuera de las previsiones de la ley, aunque no contra la misma», posibilidad que queda excluida para aquellas situaciones en que la ley expresamente señale como efecto la improcedencia y que, como señala Senra Biedma (29), parece ceñirse al mantenimiento de la calificación de nulidad para los despidos disciplinarios realizados en fraude a la ley, tanto por inexistencia real de las faltas invocadas en la carta de despido como por una desmesurada exageración en la trascendencia disciplinaria de las mismas

De otra parte, en puridad, únicamente conviene al despido en fraude a la ley la sanción de nulidad; esto es, la anulación de todos sus efectos cuya única consecuencia es la reposición del trabajador en su puesto de trabajo, según se desprende de la aplicación del art 6.4 del Código Civil. Tal solución continúa siendo posible mediante la interpretación analógica de lo dispuesto en el art 122.2, aptdo. d) del TRLPL que, incorporado por la Ley 1.1/1994 atribuye los efectos jurídicos de la nulidad a las decisiones empresariales extintivas que «se hayan efectuado en fraude a la ley, eludiendo las normas establecidas para los despidos colectivos, en los casos a que se refiere el último párrafo del art 51.1 del Estatuto de los Trabajadores». La extensión de esta figura a los despidos disciplinarios es posible no sólo porque se refiere a situaciones «perfectamente asimilables», sino también por aplicación directa de los citados preceptos -art 6.4 Y 7- del Título Preliminar del Código Civil.

Finalmente, la normativa vigente ofrece algunos reductos a la aplicación de esta figura. No parece que el fraude de ley a que se refiere el art 51.1 TRLET en relación con despidos colectivos deba limitarse con exclusividad a las extinciones objetivas contempladas en el aptdo. c) del art 52 TRLET - extinciones contractuales realizadas al amparo de este precepto en número inferior a los umbrales señalados en el art 51.1-. Si bien es cierto que cuando las extinciones aducidas sean precisamente las contenidas en este último precepto se activa la presunción de fraude del art 51, no puede excluirse la aplicación de la regla general, común a todo el ordenamiento jurídico de prohibición del fraude a la ley (art. 6.4 Cc.) porque, una interpretación distinta del precepto «supondría aceptar que a través de él principios generales del ordenamiento jurídico quedarían vaciados de contenido». Cuestión distinta a la calificación que deba merecer el despido acordado en fraude a la ley, pero conexas con ella, es la planteada por la doctrina tras la aprobación del Texto Articulado de 1990, acerca de si la enumeración contenida en el art 279 TALPL era abierta o cerrada y qué solución habría de adoptarse en relación con las declaraciones de nulidad fundadas en causas distintas a las comprendidas en dicha enumeración.

Ya el TSJ de Navarra, en S. de 19 de noviembre de 1991, tras descartar una interpretación restrictiva de las causas contenidas en el art 108.2 TALPL, Y en consecuencia con ello, rechazó una posible interpretación reductora del art 279.1º, al señalar éste que «la sentencia será ejecutada en sus propios

70

términos», para dar paso a un línea interpretativa integradora de su contenido. Razona el Tribunal cómo, aun cuando de la conjugación del Texto de ambos preceptos pudiera colegirse que únicamente los supuestos contemplados en el primero pueden ser calificados como despido nulo, y que tan sólo la sentencia que así lo declare en esos casos será ejecutada en sus propios términos, «con lo que el tan aludido art 108.2 tendría el carácter de *numerus clausus*», de manera que «un breve recorrido por las causas de nulidad contempladas en el

citado precepto no permite la inclusión de aquellos supuestos de despido nulo por carencia de causa o por abuso de derecho o fraude de ley», se impone la interpretación contraria: «el recto entendimiento, la adecuada interpretación de lo querido por el legislador, y la debida aplicación del Texto Articulado» llevan inexcusablemente a considerar que lo verdaderamente pretendido por éste es atribuir carácter imperativo a la readmisión del trabajador cuando se declara que su despido es nulo. En tal caso, no es dable sustituir por una indemnización pecuniaria con carácter general la readmisión impuesta en la sentencia que declara la nulidad del despido y «sólo de esta forma puede entenderse la previsión contenida en el art 55.4 del Estatuto Laboral en un intento de alejar los problemas interpretativos que se suscitaban al acudir a la derogada Ley de Procedimiento Laboral».

Si bien, «es cierto que los supuestos de despido nulo por carencia de causa, abuso de derecho o fraude de ley, no encuentran acomodo en la reciente normativa, y que ello es imputable a una insuficiencia legal, ésta «no puede convertirse en hueco obstáculo procesal que neutralice la efectividad del fundamental derecho a la continuidad en el nexo laboral pues habrá de partirse siempre teniendo presente el fin que persiguió el legislador con su establecimiento».

Por tanto, de tales razonamientos se extrae que, en ausencia de regulación específica, deben mantenerse las figuras jurídicas que fueron creadas por la jurisprudencia, pero reinterpretadas a la luz, tanto de lo previsto en el art 55,4 TRLET como del art 113.1 del TRLPL, superando, en virtud de lo dispuesto en el art 3.1 Cc., posibles interpretaciones literalistas de aquellas normas y situándose en la interpretación integradora y sociológica que deviene de la unidad de nuestro ordenamiento y de la realidad social sobre las que la norma ha de operar con significativa trascendencia. «Lo contrario pudiera no contribuir a la vigencia del principio de seguridad jurídica, precisada por la S. TC de 20 de julio de 1981 (R. T. Consto 27), como suma de los principios de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad, equilibrada de tal suerte que permita promover la justicia y la igualdad en libertad».

Una interpretación distinta -continúa el T-SJ de Navarra-, partidaria de la tramitación del supuesto como si de un despido improcedente se tratara «suprondría conculcar la letra y la filosofía de un ordenamiento jurídico específico y común, que contempla como garantía privilegiada la continuidad en el puesto de trabajo, de tal suerte que en lo esencial y más sustantivo queden debidamente satisfechos los variados aspectos que el nexo laboral genera, y el cumplimiento de al menos la mayor parte de las obligaciones empresariales». Además, en la ejecución del despido nulo por defecto de forma, por no haber cumplido el empresario los requisitos exigidos en el art 55.1 TRLET, el trabajador despedido sería beneficiario de la obligatoria readmisión sin posible sustitución indemnizatoria, a diferencia de lo sucedido en la ejecución de un despido por inexistencia de causa, abuso de derecho o fraude de ley en que, por no encontrar acogida en la normativa reguladora del despido nulo, hubieran de aplicarse los preceptos correspondientes al despido

improcedente, traduciéndose en una opción de la empresa por la indemnización y «esta "discriminación" que otorga una eficacia preponderante a la figura del despido formal frente a aquellos supuestos de despido material o de fondo resulta, ..., impropia de nuestro Estado de Derecho social e inspirado en los principios de justicia e igualdad» (F.J. 3.º). La sentencia del TSJ de Navarra fue más allá del encaje del despido realizado en abuso de derecho o fraude a la ley en el art 108 TALPL, como lo hiciera la S. TS (unificación de doctrina) de 30 de noviembre de 1991. De ella se extrae, en primer lugar, que *la declaración de fraude a la ley debe comportar la nulidad del acto realizado*.

Otra cosa es que, aceptada esta premisa por la doctrina, algún autor reservara el calificativo de «nulidad radical» a los casos extremos en que resulta difícil distinguir esta categoría del despido que atenta contra derechos fundamentales 192; supuestos que, probado el fraude o la utilización abusiva, deberán ejecutarse en sus propios términos (art. 280); de manera que «si jurisprudencialmente viene declarada la nulidad de algún despido al margen de las previsiones del art 108.2 LPL, la ejecución de la sentencia... deberá efectuarse de acuerdo con lo previsto en el art 278 LPL... salvo que la jurisprudencia equipare el despido en concreto, por su carácter fraudulento, al supuesto del art 108.2.d), en la línea en que antes se consideraban tales despidos afectados de nulidad radical».

En segundo lugar, se extrae de ella que, declarada la nulidad del despido, la sentencia será ejecutada en sus propios términos, tesis que, en aplicación de la normativa procesal de 1980 ha sido acogida por el TS en S. de 21 de enero de 1994 y ratificada por la S. de 28 de febrero del mismo año 1996, dictada en unificación de doctrina.

En esta última, ante un supuesto en que, desvirtuada la limitación temporal de los contratos se declara nulo el despido, el TS proclama la obligación de proceder a la readmisión «in natura» del trabajador despedido en todos los supuestos en que la sentencia cuya ejecución se insta haya declarado la nulidad del despido; de manera que «la sentencia que declare el despido nulo, debe ejecutarse en sus propios términos, cualquiera que sea el motivo de nulidad» 197. Solución que, por lo demás, fue la adoptada por el legislador en la reforma practicada por la Ley 11/1994.

El art 280 TRLPL no contiene una enumeración de las causas de nulidad, sino que remite a la existencia de un pronunciamiento judicial cuyo contenido sea la nulidad. En virtud del citado precepto, toda declaración judicial de despido nulo supone la ejecución de la sentencia «en sus propios términos» sin que quepa indemnización sustitutiva del cumplimiento. La cuestión se reconduce, de nuevo, a si el vigente art 108.2 recoge de manera exhaustiva o abierta los supuestos de nulidad del despido.

En definitiva, en nuestra opinión el derogado art 108.2 LPL no contenía una relación cerrada de los supuestos de nulidad del despido que negase la existencia de otros posibles supuestos de la misma, y tampoco los vigentes arts. 55.6 TRLET Y 108.2 TRLPL agotan la calificación de nulidad del despido

disciplinario. Cuestión distinta es que el despido fraudulento sea una figura «excepcional y extrema» como señala la jurisprudencia o que en determinados supuestos en que la jurisprudencia detectó fraude a la ley, se encubra en realidad, una vulneración de los derechos fundamentales.

3.2.3. Los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, fuerza mayor y extinción de la personalidad jurídica del contratante, sin la previa autorización administrativa

En lo relativo a los despidos por causa económica, tecnológica o fuerza mayor, el art 124 del Texto Articulado de 1990, transcribiendo casi literalmente la Base vigesimotercera en este punto, se limitó a sancionar con la nulidad a éstos, así como a los basados en la extinción de la personalidad jurídica del empresario, cuando carecieran de la autorización administrativa necesaria. Con ello, al tiempo que participaba de alguna de las novedades introducidas por el legislador en lo que a calificación, efectos del despido y medidas conexas se refiere, reiteraba el sistema tradicional de nuestro ordenamiento, en tomo a los expedientes de regulación de empleo basado en la preceptiva autorización administrativa en defecto de acuerdo con los representantes de los trabajadores.

La Ley 11/1994, modificó la redacción del mencionado precepto para adaptarse a las nuevas causas motivadoras de los despidos colectivos -económicas, técnicas, organizativas o de producción-, al tiempo que introdujo una variación semántica y otra de contenido: de una parte, recondujo el supuesto de hecho tipificado a los casos en que no se hubiese obtenido la previa autorización administrativa en los supuestos en que esté legalmente prevista» y, de otra parte, mencionó a la condena a imponer que «será la que establece el art 113 de esta ley». Así, el art 124 ahora refundido se inserta en el conjunto de las disposiciones relativas a los expedientes de regulación de empleo y toma razón del nuevo sistema de autorización administrativa que, si bien mantiene la necesidad de esta última, lo articula dependiendo del cumplimiento de los umbrales de aplicación a que se refiere el art 51.1 TRLET, de manera que aquella queda reservada para los despidos colectivos mayores. Además, se muestra innovador en cuanto viene a zanjar una ya vieja polémica sobre cuales sean los efectos que deba atribuirse a la nulidad en estos casos. No obstante, arrastra algunas de las deficiencias propias de la legislación anterior

- El vigente art 124 incurre en la misma deficiencia que sus antecesores -arts. 114 LPL Y 124 TALPL- al referir su tenor literal, únicamente los supuestos de falta absoluta de autorización, dejando fuera otros a los que la doctrina y la jurisprudencia habían anudado la misma consecuencia y omitiendo cualquier referencia a otras calificaciones judiciales -procedencia o improcedencia.

No obstante, aun cuando nada señale expresamente el Texto legal, debe entenderse que si la Administración denegó la autorización para despedir amparándose en que los hechos alegados y probados no son bastantes para fundar su decisión con arreglo a la ley, los despidos llevados a cabo por el empresario serán improcedentes por falta de causa; solución que es acorde

con la finalidad de constatación o comprobación de la causa atribuida a la Administración en nuestro ordenamiento, donde se le atribuye a la autorización el papel de declarativa y determinante de la prueba de concurrencia de estas causas. Admitir lo contrario supondría privar de dicha calificación a estos despidos que, frente a la estructura general de la calificación judicial del despido, quedarían reducidos a su posible procedencia o nulidad.

Por lo demás supuestos específicos de falta de autorización y en definitiva, determinantes de la nulidad del despido, lo son también aquellos en que la resolución administrativa autorizatoria pretende hacerse jugar respecto a trabajadores no incluidos en la relación correspondiente, o se extiende a aquellos empleados que, si bien no se hallan en activo en la empresa, conservan derechos expectantes de reincorporación cuya extinción contractual requiere también de la cobertura mediante expediente.

- En lo relativo a los efectos que deban ligarse a la declaración judicial de nulidad, el precepto resulta esclarecedor y pone fin a la polémica doctrinal y jurisprudencial, alimentada durante los últimos años por la ausencia de pronunciamiento expreso en el Texto Articulado, cuyo art, 124 careció de un cauce expreso de ejecución, a diferencia de lo ocurrido con el art 113 LPL de 1980 *que* confería a la nulidad de esta decisión extintiva los mismos efectos que a la del despido, mediante remisión expresa al entonces vigente art 103.

En defecto de previsión alguna al respecto, ésta debió ser suplida por las posibles interpretaciones en torno a las consecuencias de la calificación de nulidad.

En este punto, la doctrina se ha mostrado dividida. En tanto algún autor sostuvo que la calificación jurídica de nulidad *ex* art 124 TALPL encontraba acogida en el art 279.1.c) de la-norma procesal, anudándose por tanto aquel precepto con la ejecución del fallo en sus propios términos, otros, con apoyo en el carácter sancionador y las gravosas consecuencias que imponían los arts. 281 y 282 defendieron la interpretación, restrictiva del art 279 que «no parece susceptible de ampliación» y vincularon a los ceses que con origen en la crisis, no fueron precedidos de la oportuna autorización administrativa, el tratamiento judicial contemplado en el art 278.2 .

No obstante, sobre esta diversidad de planteamientos, decantándose por el segundo de ellos, incidió de forma decisiva la S. TSJ Cataluña de 18 de octubre de 1993 que, pretendió desbloquear estos procesos, al tiempo que establecía nítidamente la distinción entre lo que podía denominarse la ejecución general de sentencias firmes por despido... y una ejecución especial en lo que a los efectos de nulidad de los despidos por falta de autorización administrativa se refiere.

En ella, partiendo de la constatación de que *lo* dispuesto en el art 124 no se encuentra comprendido en ninguno de los supuestos del art 279.1. así como de la interpretación restrictiva de este último, que ya se había sostenido con anterioridad por la Sala y «que limita a los casos enumerados en el mismo la obligación de ejecutar la sentencia en sus propios términos», y con independencia de que la autorización administrativa pudiera o no conceptuarse

como «forma» de un despido, se contiene el que a nuestro juicio es su argumento fundamental: el caso de autos no puede considerarse *incluido en ninguno de los supuestos previstos en el art 108.2. pfos. a). b) Y c) del TALPL porque la falta de autorización administrativa, aunque pudiera constituir un defecto de forma no constituye ninguno de los aludidos por el art 279.a.c) «que se refiere a la ausencia de forma escrita que exige el art 55.1 del Estatuto de los Trabajadores o la omisión o defectos en el procedimiento disciplinario, cuando proceda o audiencia, en su caso, de los delegados sindicales; como lo acredita el hecho de que posteriormente añada «y no se proceda a efectuar el nuevo despido en el plazo de los siete días siguientes a dicha declaración»;* lo que, obviamente no es posible en el caso del art 124 de la Ley de Procedimiento Laboral y claramente está dirigido a los supuestos del art 55.4 del Estatuto de los Trabajadores).

No es sólo que en ausencia de previsión expresa por el legislador respecto de los supuestos no contemplados por el art 279 éste debiera merecer una interpretación restrictiva; criterio que aun siendo decisivo no hubiera sido por sí sólo suficiente para privar a los despidos nulos por falta de autorización administrativa de la ejecución de la sentencia en sus propios términos. Es también que, por las propias previsiones sobre nulidad por vicios de forma a las que reconduce el precepto, la ausencia de autorización no se comprende entre los mencionados defectos y, en consecuencia, no integra ninguno de los supuestos de hecho a los que el legislador de 1990 liga las consecuencias de una ejecución especial.

Sin duda, era ésta la consecuencia más significativa del cambio operado por la Ley de Procedimiento Laboral en la regulación del despido nulo por falta de autorización administrativa, que como se ha dicho «no equipara(ba) estos acuerdos de extinción a los despidos disciplinarios calificados como nulos, a diferencia... de lo que establecía la Ley procesal precedente».

No obstante, la polémica pierde sentido y la cuestión recibe explícita respuesta en el reformado art 124 de la norma procesal que, como ya lo hiciera la LPL de 1980, remite expresamente a la norma aplicable. Tras la Ley 11 / 1994, en el TRLPL, ante la declaración de nulidad del acuerdo empresarial, extintivo de las relaciones laborales, se ordena la imposición de las mismas consecuencias que se atribuyen al despido nulo y que no son otras que las previstas en el art 113; esto es, la readmisión de los trabajadores afectados y el abono de los salarios dejados de percibir -sin perjuicio de la ejecución provisional en los términos del art 295-, lo que obviamente reconduce al art 280, y a la ejecución en sus propios términos.

Todo ello, dejando a salvo los supuestos de imposibilidad de readmisión o de reanudación de la prestación ex art 284 en los que existe la posibilidad de extinguir el contrato pese a la calificación de nulidad del despido -o nulidad radical-, mediante las consecuencias indemnizatorias por remisión a una cantidad sustitutoria de la readmisión negada a quien judicialmente se ha reconocido el derecho a ella. La excepcionalidad del supuesto, sobre el que más tarde se volverá, lleva a concluir, que en los casos previstos en el citado

precepto -cese o cierre de la empresa obligada-«la única solución razonable» es la fijación de una indemnización económica.

Por lo demás, debe tenerse en cuenta que el actual art 124 resulta de aplicación a los supuestos en que la empresa no oculta la colectividad del despido pero carece de la autorización administrativa necesaria para llevarlo a cabo.

Si el empresario encubre la colectividad de las extinciones contractuales incurre en el supuesto contemplado en el art 122.2.d) de la norma procesal . Cuestión distinta es que también a los despidos colectivos efectuados en fraude a la ley a los que se refiere este último precepto se les atribuya como consecuencia la nulidad de la decisión extintiva y que declarada ésta el art 280 de la Ley de Procedimiento ordene la ejecución en sus propios términos.

3.2.4. El despido del trabajador con contrato en suspenso

Ya desde 1980, el art 55.6 LET dispuso que el despido de los trabajadores con contrato suspendido que no fuese declarado procedente, sería nulo. Con ello se sustraía este supuesto a una posible declaración de improcedencia y se equiparaba en él la ausencia de causa y de forma a los efectos de proteger al trabajador frente a despidos basados en suspensiones de larga duración; si bien la readmisión del afectado podía sustituirse como en los demás casos de nulidad- por una indemnización sustitutoria.

El Texto Articulado de 1990 estableció la readmisión obligatoria de estos trabajadores cuando el despido no fuese declarado procedente, una vez finalizada la causa suspensiva del contrato. Más recientemente, la Ley 11/1994 suprime la especialidad de estos trabajadores al desaparecer los arts. 55;6 LET y 279.l.d), de manera que, en lo sucesivo, tales despidos podrán ser declarados improcedentes y el empresario podrá optar entre la readmisión o la indemnización correspondiente, salvo que quede acreditado que el móvil de la extinción encubre alguna causa de discriminación prevista en la Constitución o en la Ley, o que ésta se ha llevado a cabo con vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador; cosa que no siempre ocurrirá, toda vez que, si bien en algunos casos será fácil la reconducción del supuesto a alguna de estas causas -excedencias forzosas por ejercicio de cargos políticos o sindicales representativos- en otras será más difícil.

Por lo demás, de ser declarado improcedente el despido el pronunciamiento será difícilmente ejecutable en sus términos literales, - porque salvo casos excepcionales, el trabajador cuyo contrato se halla en suspenso no devenga salarios ni puede ser readmitido -a menos que concluya la causa de suspensión- en su puesto de trabajo, y la condena a readmisión tampoco podrá ejecutarse en sus propios términos , habida cuenta que el art 280 únicamente reconduce esta posibilidad al despido improcedente de los representantes unitarios o sindicales de los trabajadores con opción de estos por la readmisión o a la declaración de nulidad del despido.

La EJECUCION POR EQUIVALENTE

El Texto Articulado de Procedimiento Laboral pretendió construir una fase de actuación coactiva del fallo lo más cercana posible a los imperativos del derecho a recabar la tutela judicial efectiva, sin embargo, acabó permitiendo la sustitución económica de la obligación cuya ejecución se pretende. Si bien la normativa vigente contempla un único supuesto, aquel en que *correspondiendo la opción al empresario haya optado por la readmisión pero “no procediera” a la misma o la efectuase irregularmente*, no deja de sorprender que, firme la opción por readmitir elegida por el empresario, sea ésta la que ha de realizarse por impulso del Juez, incluso contra la voluntad del deudor; máxime cuando en esta fase, el contenido de la pretensión ha sido fijado a través de la decisión previa de la parte que se niega a darle cumplimiento.

De esta manera, sobre la base de la pura contradicción en la conducta del empresario, que pugna con los más elementales principios de la teoría de los propios actos se construye un proceso que, con relativa brevedad en el tiempo, aboca a la terminación «a toda costa» de la relación laboral y contribuye a la configuración del despido como poder originario del empleador que el ordenamiento jurídico le respeta -incluso cuando considera irrelevantes los motivos que inspirarán la decisión extintiva-, yendo en dirección opuesta a los principios inspiradores de las normas laborales desde sus comienzos. La contradicción se acentúa cuando se observa el notable incremento del equivalente pecuniario establecido en el art 279.2.b, no tanto para actualizar los módulos de cálculo cuanto para imponer un matiz coactivo añadido a la indemnización sustitutoria.

Con todo y pese a ello, el TRLPL, al regular el «incidente de no readmisión» y su solución por equivalente pecuniario a aquella, no hace sino reproducir los rasgos y las secuelas extintivas del proceso por despido que le sirve de precedente y desarrollar unas bases que, según se dijo, y a juicio de la generalidad de la doctrina, eran bastante escasas de contenido.

I.El deber de comunicación del empresario

La resolución que declara improcedente el despido abre el proceso de ejecución. En él, el trabajador tiene interés en la satisfacción de su derecho y en que se haga efectiva la tendencia marcada por el TC en su jurisprudencia a que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se extienda también a la fase de ejecución. El ejecutado, por su parte, puede utilizar técnicas dilatorias del cumplimiento de la obligación que le incumbe.,

Por ello, el legislador reduce al máximo los márgenes de decisión de las partes fijando períodos temporales que suceden a la firmeza de la sentencia condenatoria. En primer lugar, puntualiza de forma detallada el modo en que debe procederse a la readmisión: el empresario deberá comunicar por escrito al trabajador dentro de los *diez días siguientes a aquel en que se le notifique la*

sentencia, la fecha de su reincorporación al trabajo; para *efectuarla en un plazo no inferior a los tres días siguientes a la recepción del escrito* (art. 276 TRLPL).

En segundo lugar, señala plazos muy breves -10 días para la comunicación y 3 para la efectiva reincorporación- y recurre a la técnica de las presunciones legales, de manera que, si la obligación no ha sido cumplida en el plazo señalado «no se prevé posibilidad de subsanación ulterior de una voluntad, de incumplir que la ley presume y que legitima al ejecutante para poner en marcha el procedimiento judicial».

Con tan drásticas previsiones, consigue evitarse la articulación como ejecuciones de la obligación de readmitir de meros retrasos en la comunicación del empleador y queda claro que la ejecución que se inste antes del “plazo” de espera» (10 días) lleva a su inadmisión procesal 232. Aun de procederse a la readmisión en el plazo señalado, el empresario adeuda al trabajador los salarios devengados «desde la fecha de notificación de la sentencia que por primera vez declare la improcedencia del despido, hasta aquella en que tenga lugar la readmisión», salvo que por causa imputable al trabajador ésta no se hubiera podido realizar en el plazo señalado (art. 276 TRLPL).

II EL CONCEPTO DE “NO READMISIÓN” Y READMISIÓN IRREGULAR

Para que haya lugar al pronunciamiento sustitutorio de la readmisión es preciso que ésta no se haya producido o que, produciéndose, haya tenido lugar de forma irregular 233.

La *no readmisión* significa que el empresario no ha señalado fecha para ello o que, fijada ésta, no ha readmitido, ya sea *expresamente*, en cuyo caso, requerido el trabajador por el empresario para que se reincorpore a su puesto la readmisión no tiene lugar (art. 277.1ºa) -la voluntad del empleador de ignorar el mandato judicial queda patente por actos propios, al seguirse un cumplimiento meramente formal de lo ordenado en la sentencia, ya sea *tácitamente* pues la no readmisión se presume cuando el empleador no readmite en el plazo que se le otorga para ello -art 281 en el caso de despidos nulos- o deja pasar los plazos de que dispone para requerir la reincorporación del trabajador sin hacerla -supuesto contemplado en el art 277.1ºb para los despidos improcedentes- A ellos se equiparan los supuestos en que el requerimiento de incorporación se efectúa por el empresario en fraude a ley -requerido notarialmente el trabajador y presentado se le dice que «ni le abonaban indemnización ni era posible darle un puesto de trabajo»- (S. TS de 13 de julio de 1990).

La *readmisión irregular*, se basa en «un incumplimiento deliberado y activo de la obligación de reintegrar correctamente al trabajador en la organización productiva» 23R. No obstante, habida cuenta de la posibilidad que este supuesto lleva implícita de prolongar el período de indecisión empresarial y con ella la prolongación en el tiempo de la relación de trabajo y el aumento de los débitos económicos que para conseguir la extinción han de abonarse al

trabajador²³⁹, y tomando razón de la ausencia de medidas que hubieran incitado al empresario a subsanar los defectos de conducta más allá del sistema sancionatorio graduado en función de la irregularidad cometida, frecuentemente los pleitos no tienen su origen en la absoluta falta de readmisión sino en la disconformidad del trabajador con las condiciones en que ésta se ha realizado, motivando una abundante jurisprudencia sobre la readmisión irregular, cuyas manifestaciones se despliegan en distintos frentes:

- De una parte, tratan de esclarecer qué debe entenderse por readmisión «regular». Ello obliga a «determinar las condiciones por las que se regía la relación laboral cuya extinción se declaró despido improcedente» y a constatar si se han establecido las premisas fácticas imprescindibles con anterioridad y referidas a la relación anterior al despido» (S. TSJ Extremadura de 8 de marzo de 1992), y, en este sentido, una reiterada doctrina jurisprudencial ha venido , declarando que «para que la readmisión pueda calificarse como «en forma» o regular debe hacerse reponiendo al trabajador en su puesto de trabajo, respetándole todas las condiciones de que gozaba antes del despido, de modo que quede repuesto sin perjuicio alguno respecto a su situación anterior» (S. TSJ Extremadura de 8 de marzo de 1992, cit. También, S. TS de 12 de julio de 1988, S. TCT de 15 de marzo de 1988, SS.TSJ Madrid de 13 de febrero y 4 de junio de 1990 y 8 de mayo de 1985 y _S. TSJ Cataluña de 6 de julio de 1992,. A *sensu contrario*, la readmisión irregular supone «una reincorporación a su puesto de trabajo pero no en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido... al incumplir el empleador demandado la obligación de encomendar idénticas tareas y remunerarlas en la forma establecida» (S. TSJ Navarra de 22 de marzo de 1991).

- De otra parte, algunas de estas manifestaciones jurisprudenciales adecuan la doctrina anterior y su rígida exigencia a la «realidad objetiva de hacerla posible (la readmisión) y compatible con la situación de hecho existente en el momento de cumplirse, a la buena fe del empresario que excluye la posibilidad de fraude o discriminación y al correcto uso de las facultades directivas, que le son propias»: de manera que, de haberse probado por la empresa «la escasez de trabajo en virtud de la cual se hubiera reducido éste al productor- como al resto de sus compañeros»- se podía declarar la readmisión como regular «pues era claro que la readmisión se hubiese producido en la única forma en que podía hacerlo la empresa y que ni se había individualizado ni subjetivado tal conducta respecto al actor, lo que excluía cualquier posibilidad de trato discriminatorio» (S. TSJ Extremadura de 8 de mayo de 1992, cito).

Con ello viene a ponerse de relieve, en primer lugar, que son regulares algunas readmisiones pese a introducir modificaciones en la relación de trabajo, obligadas «por "imperio de las circunstancias" y ajenas a «la voluntad torticera de la empresa que tratase de eludir el cumplimiento de la sentencia» (S. TS de 9 de febrero de 1991),, como ocurre cuando la propia naturaleza de la actividad... implica el cambio de obra por conclusión de aquella en que se encontraba el despido o en las empresas de actividades itinerantes (S. TSJ Madrid, de 14 de abril de 1990), o cuando «atendiendo a la función de garantía de los derechos del trabajador que tiene la extensión de la condena a las

entidades integrantes del grupo de empresas establecida por la jurisprudencia con base al art 1.2 ET», la readmisión puede producirse en otra de las empresas del grupo (S.TSJ Cataluña de 6 de julio de 1992, cit.).

En segundo lugar, se evidencia que la necesidad o «justificación» de ras modificaciones deberá acreditarse por quien las opone (S. TSJ Madrid de 24 de octubre de 1989) 250, porque de lo contrario la readmisión habrá de calificarse como «no regular» sin que alcancen virtualidad a estos efectos las alegaciones que, en su caso, podían haber servido de fundamento para estimar la regularidad (S. TSJ Extremadura de 8 de mayo de 1992, cit.).

- Finalmente, la jurisprudencia trata de deslindar la obligación de readmitir del abono de salarios como obligaciones autónomas, en orden a desvincular esta última del concepto de readmisión irregular. Aun cuando los Tribunales del orden social han considerado tradicionalmente que la irregularidad en esta última se extiende también a los supuestos en que la condición previa y quebrantada ha sido el impago de los salarios dejados de percibir (S. TS de 26 de noviembre de 1986, SS. TCT de 9 de enero y 17 de febrero de 1987 ; su tesis ha sido objeto de crítica por la doctrina científica, en cuya opinión «la obligación de readmitir habría de reputarse distinta e independiente de aquella otra que, portando un contenido estrictamente económico, se impone con ocasión, eso sí, del mismo acontecimiento».

Y ello *no sólo por* razón de la divergencia apuntada, sino también en función de la *celeridad con* que en el procedimiento encausado se procede a detectar la expiración del *vínculo* contractual, en función de la que debería intentarse que el resultado extintivo se produjera sólo en las situaciones en que ello resultase estrictamente necesario y, de llevarse a cabo, guardase relación *con* la situación que verdaderamente *posee* fuerza suficiente para originario y que reside en la modificación de las condiciones en que se venía prestando el trabajo..

Ante el intento frustrado de solución al respecto en el Anteproyecto de Ley de Procedimiento Laboral,, un sector doctrinal concluye que «la reforma procesal debería haber sido aprovechada para manifestar de manera *lo* suficientemente clara y rotunda que las *condiciones* que habrían de servir de referencia para, a través de la comparación de las mismas *con* aquella otras en las que se ha producido la reincorporación del trabajador a la empresa, afirmar o negar la calidad de regular, *no son* otras que las que acompañan o modalizan la prestación productiva». En esta línea, algún autor pretende extraer del propio Texto procesal, sin mayor éxito, *los* argumentos para afirmar la autonomía entre el pronunciamiento condenatorio de la readmisión y el abono de *los* salarios de tramitación, para acabar admitiendo cómo en «contra de la autonomía de efectos aparece la previsión legal de que el Auto dictado en el incidente de no readmisión señale y cuantifique las dos indemnizaciones a satisfacer: la correspondiente a la extinción del contrato y *los* salarios de tramitación hasta la fecha del propio Auto. No obstante, sobre el estudio de la problemática que ambas indemnizaciones plantean, así como la suscitada por la indemnización adicional se volverá más tarde.

Sea como fuere, el problema alcanza singular trascendencia práctica porque el art. 279 anuda la extinción del contrato a la readmisión irregular, sin dar mayores oportunidades al empresario para readmitir o regularizar y tal vez por ello, el TS, en S. de 2 de noviembre de 1989, señala que «la readmisión realizada habrá de considerarse regular, lo que excluye su sustitución por el pago de la indemnización correspondiente, cuando se hubiera restablecido el vínculo laboral en iguales condiciones de las que regían antes del despido, sin que afecte a tal realidad fáctica el que no se hubieran satisfecho los salarios de tramitación» (en sentido análogo, S. de 20 de noviembre de 1989). Más recientemente, el TSJ Cantabria afirma que «es cierto que la regulación de la ejecución de la sentencia en juicios por despido presupone la ejecución conjunta de los dos pronunciamientos del fallo. Pero por encima de las menciones literales que esto conlleva ha de estar la distinta naturaleza y absoluta independencia de los derechos que reconocen al trabajador: la readmisión persigue la restitución para el futuro en la situación extinguida... mientras que la indemnización procura la reparación de los perjuicios ocasionados hasta que ello sucede» (S. de 10 de marzo de 1991, F. de Derecho Segundo).

III EL incidente de no readmisión. Problemática en torno a los plazos para su solicitud.

Frente al incumplimiento de la obligación de readmitir, por la que optó el propio empresario, o readmitido el trabajador irregularmente, este puede solicitar la ejecución del fallo instando el *incidente de no readmisión*, en un único plazo ordinario -20 días- cuyo *dies a quo* varía en función de las posibles conductas en que hubiera podido incurrir el empleador, según se hubiese llegado a señalar o no fecha para la reincorporación o según ésta no se hubiese efectuado o lo hubiese sido en distintas condiciones a las anteriores al despido.

Si no hubo readmisión aunque sí señalamiento para ella, la solicitud se formulará dentro de los 20 días siguientes a la fecha en que el empresario anunció que iba a re admitir (art. 279.1.a)LRJS). Si no llegó a señalarse fecha para la readmisión el incidente podrá instarse dentro de los veinte días siguientes a aquel en que expiren los diez días concedidos por el legislador para el señalamiento (art. 279.1.b LRJS). Si la readmisión se produjo de forma irregular la ejecución podrá solicitarse dentro de los veinte días siguientes a la fecha en que aquella tuvo lugar y no aquel en que se produjo la irregularidad (art. 279.1.c LRJS).

Con la conjunción de un único plazo, distintamente computable en función de las posibles conductas empresariales, se pone fin a la incertidumbre creada por la redacción de los arts. 210 Y 212 LRJS. Si bien, este último señalaba los plazos que habían de ser observados por el trabajador, no fijaba plazo en el que debiera inscribirse el requerimiento empresarial -ahora es de 10 días para que el empresario solicite el restablecimiento del trabajador en la empresa (art. 278 LRJS- y ello implicaba, en ocasiones, la superposición de las conductas de ambas partes.

Desde la doctrina y la jurisprudencia se interpretó que la actuación del empleador no podía ir más allá de la petición del trabajador; de manera que podían superponerse la «petición de ejecución temprana» y la «decisión de readmitir adoptada tardíamente» .

Junto a los anteriores, el legislador concede un *plazo extraordinario*, o «de gracia», que extiende a los tres meses siguientes a la notificación de la sentencia -o desde la fecha del título ejecutivo constituido sin intervención judicial- y, en todo caso, según manifiesta algún pronunciamiento, de conformidad con el principio general «*ad impossibilia nemo tenetur*», común a la prescripción de todo tipo de acciones, desde el día en que éstas pudieron ejercitarse (S. TSJ Andalucía de 31 de octubre de 1991). Con él, se presta seguridad jurídica al ejecutante -pese a que también puede variar la fecha de notificación- y se evita que pueda demorarse la ejecución más allá de lo deseable, al tiempo que parece querer sancionarse la negligencia de aquél , en la medida en que no se vengará los salarios correspondientes a los días transcurridos entre el último de cada uno de los plazos señalados con anterioridad y aquél en que se solicite la ejecución del fallo.

No obstante, esta última previsión alcanza una transcendencia mayor que el mero indicio sancionatorio. Que no haya de abonarse remuneración durante el plazo ordinario para el ejercicio de la acción y el extraordinario previsto por el art 277.2 delimita el ámbito de aplicación de este último y viene a significar su aplicación exclusiva a los supuestos de no readmisión. De lo contrario, efectuada esta irregularmente, al existir prestación de trabajo -siquiera sea en condiciones distintas a las que precedieron al despido- la falta de remuneración además de atentar a los más elementales principios que presiden la sinalagmaticidad en la ordenación del salario y la prestación laboral, supondría un enriquecimiento injusto en favor del empresario.

En lo relativo a la naturaleza de los plazos, el art 277.3 los califica como «de prescripción», solventando así las contradicciones jurisprudenciales anteriores, que fueron salvadas por el TS en S. de 12 de diciembre de 1986, dictada en recurso en interés de la ley, en sentido distinto -calificando los plazos como de caducidad- al que ahora impone el legislador.

Aun cuando inicialmente se sostuvo que el transcurso de los plazos señalados a tal fin por la anterior Ley, no conllevaba la caducidad de la acción ejecutiva, dando lugar a interpretaciones dispares, el TS, en la citada sentencia, sostuvo que la falta de ejercicio de la acción ejecutiva dentro de los plazos de referencia, «que son de caducidad», significaba para el trabajador la pérdida de «todos los efectos inherentes al derecho ejercitado» y, en consecuencia, de la posible indemnización sustitutiva de la readmisión fallida y los salarios dejados de percibir «correspondientes a los días transcurridos desde la fecha de la notificación de la sentencia hasta el último día del plazo» señalado en el art 209, aunque no los comprendidos - entre la fecha del despido y la notificación de la sentencia cuya ejecución -salvo que se abonasen voluntariamente por el empresario,- podía obtenerse por la vía ordinaria prevista en los arts. 200 y

concordantes; o, en su caso, «los salarios posteriores al despido y anteriores al acuerdo conciliatorio, a cuyo pago se comprometió el empresario» .

El LRJS ha venido a zanjar la cuestión confirmando que los plazos señalados no son de caducidad, sino que, como advertiera Prieto Castro (16), «sólo señalan entre qué fechas es posible su ejercicio sin pérdida o disminución de los salarios a reconocer, caso de prosperar el mismo; desde el agotamiento de los veinte (...) días hábiles se dejan de devengar salarios en tanto en cuanto no se pida la ejecución de la obligación de readmitir» . A mayor abundamiento, el problema queda definitiva y doblemente solucionado con el señalamiento del plazo de tres meses, transcurrido el cual no es admisible el ejercicio de la acción con la consiguiente pérdida de los derechos vinculados a su éxito -la indemnización sustitutiva de la readmisión y la continuidad en el devengo de los salarios de tramitación desde la notificación de la sentencia y cuantas aparecen ligadas a - ellas desde el punto de vista de la Seguridad Social..

Con ello, de una parte, queda definitivamente fijada la interpretación en tomo a la naturaleza prescriptiva del plazo para el ejercicio de la acción ejecutiva (por todas, SS. TSJ Navarra de 22 de marzo de 1991; Andalucía de 31 de octubre de 1991 y Cataluña de 3 de febrero de 1992). Transcurrido éste y decaído el derecho al ejercicio de la acción en los términos arriba expuestos, únicamente subsistirá -como ya ocurriese con la situación creada tras la S. TS de 12 de diciembre de 1986- el derecho a los salarios devengados hasta la notificación de la sentencia o la consecución del acuerdo conciliatorio, que podrán reclamarse por el cauce procesal de la ejecución ordinaria, con sometimiento al plazo especial señalado por el art 241 TRLPL «para reclamar el cumplimiento de las obligaciones de entregar sumas de dinero», fijado en un año y que, en defecto de previsión expresa, se entiende computable «desde la firmeza de la sentencia o la fecha del acta que recoja la avenencia fruto del éxito de la conciliación».

De otra parte, se obvian los inconvenientes del señalamiento de plazos mayores con la correspondiente incidencia negativa sobre la seguridad jurídica, aunque éstos nos queden soslayados en su totalidad.

Por lo demás, tratándose de plazos de prescripción deberán ser excepcionados por la empresa, sin que puedan ser apreciados de oficio por el juzgado, a diferencia de la caducidad y podrán interrumpirse por los mecanismos legales iniciándose de nuevo la totalidad del plazo y no reanudándose de nuevo como ocurriría de ser plazos de caducidad 281. En cuanto al momento de alegar la excepción parece más adecuado el del inicio; de la comparecencia 282.

IV. Algunas reflexiones sobre la legitimación activa y pasiva

El supuesto más habitual y al que parece referirse el Texto legal -«el trabajador... podrá solicitar la ejecución del fallo...»- art. 279 LRJS será aquel en que el trabajador despedido inste el incidente de readmisión en tiempo y

71

Prieto Castro (16):"Tratado de Derecho civil".Aranzadi 1985

forma cumpliéndose así la regla general de que sea el acreedor no satisfecho - en este caso el asalariado- quien inste la realización coactiva de la condena. No obstante, se ha puesto de manifiesto cómo si los plazos dentro de los cuales ha de solicitarse la ejecución son excesivamente dilatados, podrá entenderse legitimado, además del ejecutante, el empresario ejecutado. Y ello, porque este último puede tener un evidente interés en el trabajo a desempeñar y, especialmente, en que no se devenguen más salarios de tramitación, y de no concedérsele el derecho al ejercicio de la acción podría quedar indefenso frente al retraso intencional del ejecutor con la finalidad de prolongar el débito salarial del empleador.

No obstante, este perjuicio puede paliarse mediante la regla según la cual el empresario no debe abonar los salarios hasta la readmisión cuando «no se hubiera podido realizar en el plazo señalado... por causa imputable al trabajador» (art. 276 in fine) y también en los supuestos en que la prórroga de la responsabilidad empresarial no tiene lugar, en caso de instarse la ejecución entre el último de cada uno de los plazos a que se refieren los apdos. a), b) Y c) del art 277 y aquel en que se solicite la ejecución del fallo dentro del plazo extraordinario de tres meses en que, por indicación legal, «no se devengarán salarios» (art. 279.2 LRJS; siendo así que en tales casos, no parece que deba entenderse excepcionado el principio general.

Con todo, en función de las repercusiones negativas que la solución contraria pudiera tener sobre la seguridad jurídica y las gravísimas consecuencias «en el sistema jurídico laboral, con posibles situaciones de interinidad incompatibles con la fijeza y firmeza que necesariamente han de acompañar a cualquier actividad empresarial y con especial incidencia en la pequeña y mediana empresa» no es difícil intuir la necesidad de que se admita la legitimación del empresario para instar la ejecución. De hecho, puede ser útil en el caso de que por cualquier motivo, éste no haya dirigido en el plazo de diez días la comunicación de reincorporación al trabajador, aunque parece conveniente que, siquiera sea fuera de plazo, se exigiese a éste antes de tramitar la ejecución, la ejecución tardía. Cuestión distinta es que, en tal caso, la demora en la comunicación no pueda impedir, si así lo desea el trabajador, que éste solicite la ejecución al darse los presupuestos contemplados en el art 279.1.b) LRJS.

Por lo demás, de conformidad con lo dispuesto en la normativa común -art 1.816 Cc. y arts: 576,578,579 Y 560 LEC y específica -arts. 237 y sgts. LRJS- estará legitimado pasivamente el empleador, puesto que la iniciativa parte comúnmente del trabajador en la medida en que «toda ejecución procesal sólo puede dirigirse contra la persona o personas, entidad o entidades, que han resultado condenadas en la sentencia. No puede admitirse en modo alguno salvo en los supuestos excepcionales de la recaudación de impuestos o de cuotas de la Seguridad Social; o del cobro de multas decretadas por los Organismos Públicos- una ejecución contra personas o entidades que no fueron condenadas por sentencia, ya que permitir tal cosa supondría una flagrante vulneración de los más elementales , principios que informan el proceso judicial, así como del art 9.3 de la Constitución Española que proclama

el principio de seguridad jurídica, y del art 24.1 de la misma que declara el derecho a «la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales». Dificilmente puede darse una inseguridad jurídica o indefensión mayores que la que se desprende de que pudiera admitirse que los Tribunales de Justicia puedan despachar ejecución contra personas o entidades no condenadas previamente por sentencia» (S. TSJ Extremadura de 16 de noviembre de 1992).

Siendo este el planteamiento general, la legitimación pasiva del trabajador cuando sea el empresario quien inste la ejecución -de admitirse este supuesto-, resulta de difícil explicación. No obstante, se justifica atendiendo a la verdadera raíz del incidente que, como se ha dicho con anterioridad, no es la sentencia en que se califica el despido sino el incumplimiento de la obligación de readmitir voluntariamente elegida por el empresario.)

V. Comparecencia de las partes y debate sobre los hechos

1. Un incidente singular: sobre la inserción de una fase declarativa en la ejecución.

Instada la ejecución del fallo, el Juez de lo Social citará a las partes para que comparezcan dentro de los cuatro días hábiles siguientes, con la finalidad de establecer el grado de cumplimiento de la obligación fijada en la sentencia, para calificarla como regular o irregular. Se trata de una comparecencia cuyo objeto no versa sobre cuestiones accesorias respecto del asunto principal, aunque fueran imprescindibles para su solución, sino que se imbrica en el núcleo mismo de aquel -el cumplimiento o incumplimiento de la obligación plasmada en la ejecutoria- y que, por tanto, resulta difícilmente calificable como un incidente, en sentido técnico-jurídico.

Antes bien, constituye una fase declarativa inserta en un proceso de ejecución que, por lo demás, no resulta extraña ni incompatible con la técnica general de los procesos de ejecución y que, aceptada por nuestra jurisprudencia, según viene afirmándose desde la normativa anterior, resulta imprescindible en orden a conseguir el debate, enjuiciamiento y decisión de los hechos obstativos que han sobrevenido al momento de imposición de la obligación de readmitir y que pudieran haber alterado su contenido; máxime cuando, en su defecto, el proceso ejecutivo adolecería de la falta de trámites u oportunidades para las posibles alegaciones en tomo a la exculpación de la parte empresarial.

Con todo, no se trata tampoco, en puridad, de la genuina fase declarativa inserta en los procesos de ejecución. A diferencia de la dinámica común a éstos, en que el acreedor encuentra mermados los motivos de oposición que se reducen a la afirmación del no cumplimiento del ejecutado y la petición de ejecución forzosa del contenido del título, el trabajador ejecutante «debe desplegar una actividad alegatoria y probatoria adicional a la mera afirmación de sus derecho». No en vano, es el incumplimiento empresarial y no la obligación de readmitir el fundamento de la pretensión en fase ejecutiva y este incumplimiento, aun en los supuestos más evidentes, aparece plagado de

matices que deben ser ponderadas adecuadamente conforme a las circunstancias concurrentes.

En definitiva, el paréntesis de cognición abierto en esta fase de ejecución «permite la alegación por el ejecutado de las defensas tendentes»... a «restablecer el principio de igualdad ante la ley y el equilibrio procesal de los litigantes subsiguiente a aquel» (S.TSJ del País Vasco de 15 de mayo de 1992), nivelándose la posición de inferioridad que el ejecutado ocupa como norma general en la ejecución y en el incidente «no se resuelve sobre una modificación sustancial de condiciones de trabajo sobre el poder del empleador en ordena la prestación de trabajo si no sobre la conformidad de la readmisión en relación con las condiciones que regían antes de producirse el despido» (S.TS de 13 de marzo de 1991).

De otra parte, la especificidad del incidente que da notablemente subrayada en la medida en que junto al cumplimiento de la obligación de readmitirse ponen de manifiesto en el discurso procesal otras circunstancias adyacente sala observanciaoin observancia de lo ejecutoriado, enriqueciéndose así la actividad de conocimiento con otras facetas tendentes a la adaptación de la ejecución a las Circunstancias concretas en que se desenvuelve. A través de una sucesión de actos procesales -instancia, citación, comparecencia, alegaciones, etc.- , que caracterizan al incidente como un «juicio», o si se quiere, en : «forma similar a un (proceso) de cognición», se consigue la apariencia «de un proceso sucesivo al de despido en el que se integra un título que sólo estará completo cuando se hayan calibrado todas las consecuencias del incumplimiento de la obligación que se ejecuta»; razón por la cual los Tribunales tienden a dar cabida a las cuestiones atinentes a las circunstancias que impiden modalizar el cumplimiento de la obligación y se integran como contenido del auto las relativas a los aspectos económicos e indemnizatorios.

2. El objeto procesal: limitaciones legales y jurisprudenciales

A través de las afirmaciones anteriores, la naturaleza del incidente aparece indisolublemente unida al objeto sobre el que durante su transcurso se centre la actividad procesal relativa a aspectos sobre los que con posterioridad deberá pronunciarse el auto que ponga fin a éste. Si bien el antiguo art 211 fijaba rígidamente el objeto de la comparecencia en el incidente, la redacción del vigente art 281 LRJS permite una más amplia facultad al Juez. No obstante, se trata de una comparecencia de objeto limitado en que únicamente podrán examinarse por el Juez, de una parte, las alegaciones del ejecutado en tomo a la observancia de la obligación de readmitir en todos sus extremos y respecto de la que deberán tomarse como punto de referencia todas las condiciones inicialmente configuradoras de la relación laboral, en cuanto a tiempo, lugar, modo y función.

De otra parte, por razones de economía procesal, podrá indagarse sobre el abono de las indemnizaciones complementarias que la ley impone a aquél atendiendo a «las circunstancias concurrentes y los perjuicios ocasionados por la no readmisión o la readmisión irregular» (art. 281.2.b), sobre las que, en

ausencia de mención legal expresa acerca de cuales puedan ser las circunstancias que justifiquen el aumento de la responsabilidad empresarial, puede acudirse a los criterios enunciados en los arts. 1.101, en relación con los arts. 1.106 Y 1.107 CC., teniendo en cuenta que significativamente los arts. 279 y 281.1 que vienen a sustituir los arts. 211 y 212 de la regulación anterior, respectivamente, recobró el criterio de «prueba de daños», abandonado por nuestra legislación en favor de la técnica de la tasación legal

Sin duda, es también éste el momento, al insertar en él las cuestiones que pongan de manifiesto las incidencias sobre la obligación que se trata de ejecutar y que pueden obstaculizar su cumplimiento, sin cuestionar la declaración previa y los términos de la misma, para examinar la verdadera imposibilidad de cumplimiento a que hace referencia el art. 286 LRJS.

En definitiva, en paralelo con el proceso de flexibilización de los criterios enjuiciadores de la readmisión, que si bien inicialmente consideraban regular únicamente la producida respetando todas las condiciones que gozaba el trabajador antes del despido como salario, jornada , puesto de trabajo, (SS. TC de 15 de marzo de 1988 y 7 de febrero de 1989, cits.), horario (S. TC de 14 de octubre de 1980), terminaron por admitir que ello «es acomodable a la realidad objetiva de hacerla posible y compatible con la situación de hecho en el momento de cumplirse a la buena fe del empresario que excluya la posibilidad de fraude o discriminación y al correcto uso de las fáculades directivas que le son propias» (S. TSJ Madrid de 24 de octubre de 1989, cit.).

También el objeto procesal en la comparecencia de las partes en el incidente experimenta un proceso de adecuación a las exigencias de una mayor funcionalidad de éste dentro de los límites legales.

Circunscrito el objeto procesal a los hechos concretos de la readmisión irregular o de la no readmisión (art. 214 LRJS), ello determinó que se produjera una limitación de la *cognitio* judicial, imposibilitando la discusión sobre hechos y circunstancias distintas y llevó a considerar el cumplimiento o incumplimiento de la obligación en un momento estático: el de la solicitud de ejecución; de manera que es tan «sólo admisible la discusión de si ha habido o no readmisión en un tiempo ya pasado, o si en el mismo tiempo la readmisión realizada fue o no irregular» (S. TCT de 21 de enero de 1987, cit.), Y «los intentos de readmisión o los de modificar la irregular anterior tienen que haber ocurrido antes de pretenderse la ejecución, por lo que son intrascendentes los posteriores o las promesas de cumplimiento pues, de no ser así, la controversia judicial en la comparecencia quedaría vacía de contenido, intentando acomodarse a una situación de inestabilidad fundada en nuevos motivos subjetivos o juicios de intención» (S. TCT de 26 de abril de 1988, cit.).

Se trata de una línea de interpretación jurisprudencial ceñida, en que al objeto de la comparecencia se refiere, a una situación de hecho congelada e inamovible en la que no surten efectos consideraciones, hechos posteriores o promesas de futuro cumplimiento empresarial; sin perjuicio de que tanta rigidez pudiera ser salvada mediante el acuerdo del ejecutante con el ejecutado respecto del ofrecimiento de readmisión posterior que motivara una avenencia

en conciliación con el consiguiente archivo provisional de la ejecución y la consiguiente garantía de reapertura en caso de incumplimiento de dicho acuerdo.

Manifestación de la rigidez a que viene haciéndose referencia son los pronunciamientos conforme a los cuales «una vez instada la ejecución por los trabajadores, la empresa no puede imponer la readmisión» (SS. TCT de 20 de octubre de 1986 y 14 de mayo de 1985), y el intento de esta última por parte del empresario debe efectuarse antes de que se pida la ejecución de la sentencia (S.TCT de 21 de enero de 1987).

Sin embargo, la eliminación del término «concretos» respecto de la LRJS parece iniciar la línea de apertura descrita que, con mayor dinamicidad, permite traer al procedimiento cuestiones surgidas con posterioridad al título ejecutivo que puedan haber modificado o imposibilitado la obligación de readmitir, o la valoración de los perjuicios ocasionados y fundadores de la indemnización adicional; dinamicidad que, por lo demás, parece encontrar respaldo en alguna sentencia del TC (S. 33/1987, de 12 de marzo) 314 cuando señala «que el órgano judicial que conoce de la ejecución puede tener en cuenta, como cuestión previa la existencia de hechos obstativos a la readmisión efectiva no imputables al empresario», criterio recepcionado por la jurisprudencia al declarar que el «incidente de no readmisión puede comprender, pese a la imitación de su objeto, el examen de aquellas circunstancias que han podido operar como hechos obstativos a la readmisión efectiva» (S. TS de 23 de septiembre de 1991).

En este sentido, subraya la doctrina cómo «aun afirmándose la reducción de la *cognitio* judicial, se reconoce igualmente la facultad que posee el legislador para traspasar los límites que le impone la mera constatación del hecho de la no readmisión o de la efectuada en forma irregular»... A través de una mínima aceptación... (la supresión del epíteto «concretos») será posible traer al procedimiento circunstancias que, ácaecidas con posterioridad a la creación del título ejecutivo, pueden haber modificado o, incluso hecho desaparecer, la obligación de readmitir que en él mismo se contenía.

Sea como fuere, es lo cierto que las actuaciones procesales y el debate sobre los hechos en la ejecución tienen como punto central de referencia, en todo caso, el título ejecutivo; siendo así que «si se está en trámite de ejecución de sentencia, a ésta hay que referir todos los hechos y elementos que condicionan la efectividad de un pronunciamiento, sin que pueda permitirse una desviación que de manera sensible afecte a lo ya definitivamente resuelto en ella» (SS. TSJ Extremadura de 24 de junio de 1992 y 21 de febrero de 1991 3IR). En consecuencia, «debe partirse del fallo de ésta, dando cumplimiento a los términos de la misma, complementándola y desarrollándola en aquellos puntos que no se pudieron resolver en aquel momento», pero «sin poderla entroncar con ninguna otra» -«ni siquiera con la posterior resolución del Tribunal Superior que únicamente se limite a realizar la confirmación de aquella. Pues la que se ejecuta no es ésta sino aquella que se confirmó»- (S, TSJ Extremadura de 8 de mayo de 1992).

De tal modo resulta la sentencia punto de referencia obligado que, en algunos pronunciamientos, se afirma que las sentencias firmes equivocadas o desacertadas tienen que ser cumplidas. conforme a lo que en ellas se dice, respetando totalmente sus mandatos, aunque no se ajusten a lo que la ley dispone, sin que en su ejecución se pueda efectuar ninguna rectificación de los mismos, ni aplicar ninguna de las consecuencias legales que corresponderán a la ejecución de una sentencia cuyas decisiones se hubieran acomodado a lo que la ley ordena» -«es evidente que (ello) no se aplica a los simples *lapsus* o errores materiales ni a posibles oscuridades de las sentencias, las cuales tienen sus propios cauces de solución, fundamentalmente los que expresa el art 267 LOPJ ...»- (S. TS de 13 de febrero de 1990. En sentido análogo, SS. TSJ Extremadura de 8 de mayo de 1992 y 24 de junio de 1992 y S. TS de 13 de febrero de 1990).

Expresión de todo ello es que, sin perjuicio de ulteriores matizaciones, en trámite de ejecución de sentencias está vedado que se modifique la cuantía o el salario declarado en ella (SS. TCT de 8 de enero de 1987 y 30 de séptiembre de 1986); lo que «conduce a que se tomen como salarios, tanto para fijar las indemnizaciones como para el abono de los salarios de tramitación, los fijados en la sentencia de despido (S. TSJ Galicia de 26 de junio de 1991), sin que proceda el abono de intereses cuando en ella no se «contiene ninguna prevención al respecto» (S. TS de 3 de diciembre de 1990) planteado ninguna limitación ni descuento en el acto del juicio ni resuelto por sentencia, ha de darse expreso y pleno cumplimiento al pronunciamiento condenatorio y en los ténminos fijados en el mismo, pues, de otra fonna, no se entendería cumplida la sentencia, con fonna a los preceptos antes citados ni satisfecho el derecho del trabajador en la manera resuelta, lo que impediría la liberación del deudor tal como establece el art 1.157 del Código Civil» (S. TSJ Andalucía de 24 de abril de 1992).

Todo ello quiebra, a modo de excepción, cuando los salarios sean inferiores a los señalados por normas de Derecho necesario, como son los sucesivos Decretos que fijan el salario mínimo interprofesional que por ser de coactiva y legal exigencia deben ser aplicados, en la medida en que debieron haberle sido abonados necesariamente al trabajador durante sus respectivas vigencias (S. TCT de 9 de junio de 1987); o de que éstos no fueran señalados en la parte dispositiva de la sentencia pues en tal caso, «el abono de los salarios de tramitación derivados de la declaración (judicial).. es una obligación *ope legis* consagrada en el art 55.4 LET por lo que la (dicha)declaración... va íntimamente ligada al pago de aquellos salarios y, aunque dicha obligación de la empleadora no conste de manera expresa en la sentencia, ello no (le) puede ocasionar indefensión, al ser obligación consagrada en la " ley». «Lo contrario, sí que supondría un enriquecimiento injusto por parte del empresario, a expensas del trabajador, lo cual no puede ser amparado por una mera omisión de la parte dispositiva de la sentencia de despido de una declaración que habitualmente forma parte de la misma, pero que de no aparecer... ha de deducirse como algo implícito en la condena de despido» (S. TSJ Cataluña de 30 de abril de 1991).

3. El procedimiento: la citación judicial a las partes y auto extintivo.

El incidente de no readmisión, de tramitación relativamente sencilla, fue originalmente pensado para la ejecución de los despidos improcedentes. No obstante, es precisamente respecto de éstos donde su funcionalidad se ve mitigada en la actualidad en la medida en que, siendo las consecuencias de la sentencia optativas, ésta ofrece al empresario la posibilidad de desvincularse de la relación sin más impedimento que su voluntad y la traducción de ésta en la correspondiente compensación económica. Por el contrario, cobra una creciente virtualidad aplicativa en la ejecución de los despidos nulos, en cuanto centra las consecuencias jurídicas que procedan del incumplimiento de la obligación de readmitir como objeto común de la resolución judicial. Por lo demás, la sucesión procesal y la tramitación, es la siguiente: - Instada la ejecución, el Juez citará a las partes para su comparecencia dentro de los cuatro días siguientes; plazo extremadamente breve y que en ocasiones puede ser de difícil cumplimiento con las suficientes garantías.

Si no compareciese el trabajador o persona que le represente, se le tendrá por desistido de su solicitud; solución que, sin duda, es más oportuna que la prevista en la norma anterior, que ordenaba el archivo de las actuaciones, en la medida en que nada impide que pueda incoarse *ex novo* la ejecución de la acción en un proceso distinto, si no ha prescrito la acción.

Si quien no comparece es el demandado, citado en tiempo y forma, al igual que sucede con la inasistencia al juicio oral, «se celebrará el acto sin su presencia» (Art. 280 LRJS). En ausencia de " mayores precisiones sobre la posibilidad de que dicha incomparecencia -tanto del trabajador como del empresario- se hubiese producido por causa justificada y a falta de mención expresa sobre la posible suspensión del acto en los términos previstos en el art. 85 LRJS, la doctrina propone la extensión de las reglas previstas para el proceso ordinario- entre ellas la contenida en el mencionado precepto-; solución que cuenta con el apoyo de la «peculiar» naturaleza de este incidente, próximo al proceso de cognición y que se halla abonada por la relativa frecuencia con que nuestra jurisprudencia ha practicado la extensión de las reglas del proceso ordinario a la ejecución.

No obstante, la solución adoptada en relación con la incomparecencia de las partes por el art 280 toma como punto de referencia el supuesto común de la apertura del incidente por iniciativa del trabajador, que insta la ejecución de la sentencia. No se refiere, por el contrario, al supuesto en que la iniciativa parta del empleador, en cuyo caso, de admitirse tal posibilidad, las reglas de aplicación al supuesto, por las razones expuestas habrían de ser idénticas. -En la comparecencia, la parte o las partes que concurren serán examinadas por el Juez sobre los hechos de la no readmisión o de la readmisión irregular alegada, aportándose únicamente aquellas pruebas que, pudiéndose practicar en el momento, el Juez estime pertinentes y siendo criterio general que la carga de la prueba de la readmisión corresponde al empresario (S. TCT de 5 de octubre de 1982). La limitación del objeto de procedimiento condiciona la

materia de la prueba, siendo por tanto pertinente, únicamente, la relacionada con las materias señaladas y siendo competencia del Juez tanto valorar la procedencia de aquella como circunscribir el debate tan sólo a los medios necesarios para practicarla.

Es de sobras conocida la doctrina del Tribunal Constitucional que, partiendo de la importancia de los, fallos judiciales y su efectivo cumplimiento por los poderes públicos reviste para el Estado, reservan al órgano juzgador la competencia para dictar las medidas pertinentes eligiendo las más idóneas dentro de las previstas por el ordenamiento jurídico, sin que en el incidente puedan resolverse cuestiones no abordadas ni decididas en el fallo o con las que no guarda una directa e inmediata relación de causalidad» (por todas. S. TC28/1989, de 6 de febrero), pudiendo afirmarse que es al Juez a quien en definitiva, corresponde valorar la pertinencia de la prueba tanto como velar por la limitación del debate en torno a los extremos concretos de que ha hablado» ; limitación a la que debe añadirse otra, impuesta por el legislador, esta vez, sin duda, por razones de celeridad: únicamente podrán practicarse aquellas pruebas susceptibles de «practicar en el momento» (art. 280.1 LRJS).

- Finalmente, en los tres días siguientes a la comparecencia. el Juez resolverá por auto,(art 281.2 LRJS); o bien el incidente terminará mediante el acuerdo logrado en el curso de su tramitación por el que las partes diriman todas las diferencias surgidas en la relación laboral que hasta entonces les había unido, en uso de la facultad que el arto 1.809 Cc. les confiere. Si así fuera ofrecida y aceptada «sin salvedad ni reserva alguna» una «determinada cantidad en concepto de liquidación y salarios de tramitación» nada puede reclamar posteriormente por ellos el trabajador» (S. TCT de 7 de febrero de 1983).

Dictado auto éste podrá ser desestimatorio de la pretensión de r ejecución si quedó acreditada la readmisión o extintivo de la relación laboral si fue probada la falta de readmisión o la irregularidad de ésta. En este sentido, razona el TC como «una decisión de no ejecución habrá de apoyarse en 1a concurrencia de una causa prevista por la norma legal» y, además de ello, debe ser interpretada como excepción restrictivamente y por tanto «en el sentido más favorable a la ejecución». Lo que no es constitucionalmente válido es la inejecución sin más, ni la «no resolución sobre el fondo de la pretensión de la ejecución, salvo que así se decida expresamente en resolución motivada» (S. TC /1987, de 12 de mayo).

A las posibilidades anteriores, algún autor añade la solución en función de la cual el auto podrá declarar extinguido el contrato sin derecho a indemnización, con independencia de que el trabajador pueda reclamar los salarios desde la fecha del despido hasta la fecha señalada por el empresario para la readmisión- en los casos en que la readmisión no se llevara a cabo o se interrumpiera por voluntad del propio despedido, esto es, su dimisión, abandono o extinción del contrato. La cuestión conecta, de nuevo con el carácter de la comparecencia en juicio cuyo debate procesal se centra en los hechos concretos de la no readmisión o la admisión irregular. Puesto que el incidente exige precisamente que ésta haya sido alegada, sólo a ella puede

referirse tan singular proceso y se centra en averiguar qué defensas puede alegar el empresario demandado frente al trabajador, que ha sido readmitido irregularmente. Más concretamente, en dilucidar si, entre las defensas esgrimibles, junto a las más evidentes (negación de lo alegado u objeciones más o menos sustanciales al tenor de lo negado), habiéndose promovido el incidente por el trabajador, requerido el cumplimiento al empresario e interrumpida la ejecución por este último, la interrupción puede alegarse como defensa en el incidente.

El núcleo central del debate doctrinal consiste en determinar si el trabajador debió proseguir la ejecución del contrato hasta que el incidente de no readmisión se solventara o sí en vista de las circunstancias que rodeaban la readmisión, incluido el impago de los salarios de tramitación, la situación era vejatoria o demostrativa de una mala voluntad evidente por parte del empresario y contraria a la readmisión en las mismas condiciones anteriores al despido que justificaba la extinción de la relación contractual y, en todo caso, si el análisis de estas circunstancias es propio del incidente de no readmisión y puede cuajar en el auto mediante la solución apuntada, o si por el contrario, debe ser objeto de enjuiciamiento en un proceso distinto.

Aun cuando pudiera sostenerse que son hechos ponderables en el incidente, que prueba de ello es que los hechos concretos necesariamente alegados por el trabajador como constitutivos de la irregularidad de la admisión son los mismos que habrá que alegar en un hipotético proceso futuro, y que a nada conduce un doble y sucesivo enjuiciamiento de estos hechos cuando el primero está prejuzgando el segundo a todos los efectos jurídico-prácticos 349, es lo cierto que tales argumentos no son compartidos por el TC en S. 33/1987, de 12 de marzo.

Este último, rechaza tal posibilidad porque «la calificación como manifestación de voluntad de conductas del trabajador posteriores a la nueva admisión, tendrá que haberse ventilado en un proceso laboral ordinario» y no en el incidente de no readmisión.

En general, «todo proceso de ejecución permite sólo una *cognitio* limitada» y esto caracteriza también el incidente de no readmisión, «dado lo limitado del objeto específico del procedimiento» y por ello, admitir la defensa del abandono o suspensión al decidir sobre el recurso de suplicación, rebasa «el objeto específico del procedimiento» que debe limitarse a «examinar sólo los hechos relativos a la primera readmisión». De lo contrario, al rebasar «el objeto propio del proceso de ejecución», se lesionan los derechos de defensa «de la contraparte, centrada en esta última en las alegaciones y pruebas, en los términos del art 223 LRJS.

Además, la inadecuación del procedimiento hace derivar una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del art 24.1 CE y lleva a la declaración del trabajador a obtener un pronunciamiento que verse exclusivamente sobre el carácter regular o irregular de la readmisión realizada por el empresario».

En sentido análogo, recepcionando la mencionada doctrina constitucional, nuestros Tribunales razonan que instada la ejecución de la sentencia por readmisión irregular, debe declararse la inadecuación de procedimiento cuando «la extinción de los contratos (se produjo) por voluntad de los trabajadores motivada en el incumplimiento grave de las obligaciones del empresario, modificación sustancial de condiciones de trabajo, o falta de salario», en cuyo caso «habrá de obtenerse... una sentencia que ponga fin al correspondiente proceso ordinario en que se promueva dicha acción (S. TSJ Castilla y León de 26 de junio de 1992), en la medida en que aquellos no son aspectos propios de la ejecución de una sentencia por despido... sino objeto de un nuevo procedimiento de extinción contractual a instancia del trabajador (S. TSJ Cataluña de 6 de julio de 1992).

Por lo demás, en la medida en que es posible que con posterioridad a la declaración de ilicitud del despido, concurren otras causas motivadoras de la decisión extintiva empresarial no parece que sea éste el momento adecuado para conocer de su licitud habida cuenta de la estricta vinculación del incidente a la ejecución de la resolución anterior. No obstante, en tal caso, no puede desconocerse la incidencia que la segunda causa de extinción pueda alcanzar sobre la ejecución en marcha o sobre la que pueda recaer en procesos ulteriores de ser esta impugnada y por tanto no resulta extraña la línea de interpretación sostenida en ocasiones por nuestros Tribunales al paralizar la ejecución, si fuera preciso, hasta que sea revisada la causa de extinción sobrevenida.

El nuevo despido paraliza la ejecución del anterior conservando el trabajador «el derecho al percibo de los salarios de trámite desde el despido inicial a la fecha del nuevo despido... porque cualquiera que sea el pronunciamiento a ejecutar, es claro que ha de detenerse en la fecha en que concurrió una nueva causa de extinción del contrato... de cuya calificación definitiva depende la subsistencia de la relación de trabajo (S. TCT de 1 de diciembre de 1987, recogiendo las de 6 de octubre y 15 de febrero de 1984).

EL CONTENIDO DEL AUTO: LA EXTINCION, DEL CONTRATO DE TRABAJO Y LAS CONDENAS DE CARACTER PECUNIARIO

Dictado el auto extintivo, sus pronunciamientos básicos son, de una parte, la resolución del contrato de trabajo, de manera que el auto servirá de título al trabajador para acceder a la prestación por desempleo si reúne los demás requisitos carenciales (art. 1.1.d) del Decreto 625/85, de protección por desempleo).

De otra parte, la condena al empresario al abono de una *indemnización de cuantía idéntica a la de la sentencia incumplida* -que se habrá señalado conforme a lo previsto en el art. 56.1.a ET, al que remite el propio art. 110 LRJS: treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de veinticuatro mensualidades que podrá incrementarse mediante una

indemnización adicional, de hasta quince días de salario por año de servicio y un máximo de doce mensualidades, fijada en atención a las circunstancias concurrentes y a los perjuicios ocasionados por la no readmisión o por la readmisión irregular (art. 281.1.b LRJS); así como al abono de los *salarios dejados de percibir* desde la fecha de la notificación de la sentencia que por primera vez declare la improcedencia hasta la mencionada resolución (art. 281.1.c LRJS).

Con ello, junto al pronunciamiento relativo a la extinción de la relación contractual se incluye una condena económica que carece de naturaleza unitaria en la medida en que «la naturaleza jurídica de la indemnización por despido y los salarios de tramitación es diversa, pues la primera no tiene consideración de salario (art. 26.2 ET) , teniendo carácter sustitutorio de la readmisión, mientras que los segundos tienen naturaleza salarial en sentido propio porque corresponden a la retribución de una prestación profesional de servicios que, si no se ha hecho efectiva se ha debido a una acción antijurídica del empresario (despido improcedente o nulo)». No obstante, «ambos preceptos van estrechamente ligados a la acción por despido de cuyo eficaz ejercicio dependen» (S. TSJ La Rioja, de 31 de julio de 1991).

La indemnización sustitutoria de la readmisión y la adicional en función de las circunstancias concurrentes

La cuantía de la indemnización sustitutiva equivale a la que él empresario hubiera debido abonar si se hubiese decantado por la readmisión en el momento inmediatamente posterior a la sentencia (art. 56.I.a)ET), y cuenta con particularidades cuando el despedido se halle sometido a una relación laboral de carácter especial (art 12 LRJS).

El módulo común empleado el tope máximo coinciden con los señalados para la determinación de la indemnización por despido improcedente; si bien el TALPL introdujo como novedad legislativa, respecto de la equiparación de la no readmisión con la opción en favor de la indemnización únicamente aumentada en cuanto se prolongaba la base temporal del cálculo hasta la fecha del auto que resolvía el incidente y que también prolongaba los salarios de tramitación hasta esa fecha, la posibilidad de incrementar su cuantía en atención «a "las circunstancias concurrentes y los perjuicios económicos ocasionados por la no readmisión o la readmisión irregular».

La indemnización a la que se refieren los arts. 110LRJS y 56.1ºa)ET no revisten especial consideración por guardar una línea de continuidad en relación *con* sus precedentes sustantivos y materiales; puesto que el señalamiento de un importe mínimo y máximo para la indemnización a señalar en el incidente de no readmisión, prestando cierto margen al arbitrio judicial, ha sido una constante en nuestro Derecho, desde el Decreto, de 26 de octubre de 1956 (art. 8, norma 5ª), hasta el art 37.4 RDLRT.

Sin embargo, mayor novedad reviste la indemnización adicional que, al margen de los extemporáneos comentarios que pudiera sugerir la reducción de su cuantía sucesivamente en el Anteproyecto, Proyecto y corrección de errores del TALPL, suscita algunas *consideraciones*.

Si bien el incremento depende de la discrecionalidad del Juez sin que, por tanto, sea de fijación obligatoria; ello *no* obsta la necesidad de petición de parte, Según razona la S. TSJ de Madrid de 5 de julio de 1991, la indemnización adicional precisa de petición por el ejecutante, prueba de los perjuicios adicionales a los originados por la *no* readmisión o admisión irregular y *no* puede imponerse por la simple omisión del cumplimiento del fallo.

De otra parte, la fijación discrecional se incita ante la concurrencia de un dolo especial por parte del empresario, así como por la incidencia especialmente dañosa del incumplimiento para el trabajador que parece haber incurrido en un mecanismo estrictamente resarcitorio» que no puede prescindir de la función sancionadora que concurre en toda indemnización, como «parte de esas otras circunstancias del caso que agravan su responsabilidad». En este sentido, señala Alonso Olea (26) cómo la indemnización por no readmisión «es... más que una indemnización, una sanción o pena civil que se impone al que incumple con su contumacia o rebeldía en cuanto al cumplimiento de la sentencia inicial», y que ahora se ve agravada en función de las «circunstancias concurrentes» y los «perjuicios sufridos».

De aceptarse esta doble configuración, la cuantía de la indemnización adicional no queda estrictamente vinculada a los daños probados por el destinatario, sino que guarda también proporcionalidad con la gravedad de la conducta empresarial, cuya erradicación se pretendió sin duda mediante la reforma al alza de la cuantía prevista en el art 56. Junto a las anteriores, deben situarse «otras circunstancias» de carácter subjetivo del ejecutante, las que configuren la negativa de la empresa especialmente reacia al cumplimiento del fallo judicial, o aquellos perjuicios relativos a la pérdida de beneficios del salario en especie «cuyo cómputo como base cuantitativa de la indemnización general no alcance a cubrir el verdadero valor de su decaimiento».

En cualquier caso, independientemente del carácter sancionatorio del incremento previsto en el art 281.1.b) es lo cierto que, atendiendo a su virtualidad resarcitoria aparece como una «válvula» de ajuste entre los daños sufridos por el trabajador y su compensación, especialmente coherente con la naturaleza de una ejecución que se ha dado en llamar «equivalente» y que, a diferencia de los mecanismos previstos con carácter general en la LEC con total ausencia de indicadores para la determinación de la cuantía de los daños facilita los instrumentos para el cálculo de la indemnización adicional. El trabajador que inste la indemnización deberá probar las circunstancias concurrentes eventualmente justificadoras de la elevación en la cuantía

72

Alonso Olea (26): "Derecho Procesal y Trabajo" 5ed. Civitas. Madrid 2010

quedando a la discrecionalidad del Juez la apreciación del montante de los daños sufridos. Además, en cuanto a su cálculo -así como para el de la indemnización tasada- «habrán de prorratearse los períodos de tiempo inferiores a un año y se computará como tiempo de servicios, el transcurrido hasta la fecha del Auto».

Aun cuando el legislador pretende con esta última previsión zanjar cuantas cuestiones se planteen sobre el cómputo de la indemnización y su incremento, no puede resultar ajena a cualquier estudioso del tema que nos ocupa, la difícil concreción de esta regla a determinados colectivos de trabajadores y señaladamente, habida cuenta de las especiales características de temporalidad de su prestación, en relación con los trabajadores fijos discontinuos.

En lo relativo a la fecha del despido, en defecto de constancia de la fecha exacta en el relato fáctico de la sentencia, se toma como criterio alternativo para concretarlo en ejecución el de finalización de la campaña «por ser solución que más conviene a las partes» (SS. TSJ Navarra de 2 de enero de 1992.y Murcia de 11 de enero de 1991).

No obstante, en lo relativo a los períodos de trabajo computados hasta la fecha del auto, en tanto alguna sentencia entiende que «el cálculo de la indemnización no debe efectuarse computando la antigüedad desde la fecha de ingreso del trabajador, sino... los días de trabajo efectivamente prestados durante la vida de la relación laboral» y que «de igual forma los salarios de tramitación habrán de calcularse limitándose al tiempo efectivo de duración de la prestación de servicios para la que el trabajador fue postergado en su llamamiento» (S. TSJ Cantabria de 17 de septiembre de 1991); parece más conveniente diferenciar, como así hace la S. TSJ La Rioja de 31 de julio de 1991, siguiendo una abundante doctrina, el *cálculo de la indemnización*, en cuyo caso «los períodos computables para determinar los años de servicio... deben corresponder a la totalidad de los que medien entre el ingreso en la empresa y el despido (ahora el auto), con exclusión, por razones de equidad, de los lapsos en que el contrato hubiere estado interrumpido» (S. TCT de 3 de noviembre de 1987) y los *salarios de tramitación* que «se de vengan durante los períodos de campaña o campañas dejadas de trabajar desde la fecha del despido, con exclusión de los correspondientes a la intercampaigna o interrupción del contrato porque, al cubrir dichos salarios el imperativo de equidad de restablecer la situación alterada por el despido, no pueden sobrepasar la cuantía de lo que se hubiese podido percibir de no mediar el despido» (entre otras, SS. TCT de 30 de junio de 1981, 15 de septiembre y 5 de octubre de 1982 375, 21 de abril de 1983 376, 6 de noviembre , de 1984 377 Y 5 de abril de 1989; S. TSJ Madrid, de 3 de mayo de 1989, cit; S. TSJ Andalucía, Málaga, de 10 de diciembre de 1992); solución esta última que además de mayoritaria parece más acorde con la dinámica contractual del despido en nuestro ordenamiento jurídico.

Cuestión distinta de las anteriores es el problema de legalidad que pudiera plantear la fijación de la indemnización adicional, de tenerse en cuenta el tenor

literal del art 56 TRLET, o aun la relación del art 279.2 con la Ley de Bases - base 39-, respecto de la cual pudiera extralimitarse la Ley adjetiva al romper la tradicional línea de indemnización tasada y objetiva 38º, o en la que cuando menos encuentra difícil fundamento directo al limitarse aquella a modalizar la ejecución de la sentencia.

Más allá de los problemas sugeridos por el desarrollo de la Base correspondiente, que se limita a prescribir cómo «la ejecución se llevará a cabo en los propios términos establecidos en la sentencia, con las modalidades que, en materia de despido y en los demás casos que se prevean, puedan fijarse» y que debe entenderse, en consecuencia, desanollada por los arts. 103 y sgts. de los que el arto 110 remite a la norma sustantiva –nº 1, pfo. a) del arto 56 TRLET-, la legitimidad de la opción efectuada en su momento por el TALPL, y ahora incorporada al TRLPL, se apoya en que el citado precepto de TRLET tiende a configurar los términos de la sentencia, y más concretamente el contenido opcional de la condena; pero en modo alguno condiciona la orientación que pueda darse a la ejecución, cuyo contenido requiere de la traducción a su equivalente pecuniario de la obligación incumplida y de los daños causados por el incumplimiento.

Siendo así, la valoración efectuada por el legislador sustantivo de los daños ocasionados por el despido declarado ilegítimo en sede judicial, en nada determina ulteriores valoraciones de los daños causados por el incumplimiento de la resolución firme, susceptibles, por lo demás, de diferenciación, en la medida en que son distintos los títulos que prestan origen al daño. En éste sentido, se ha dicho, «el que tradicionalmente el legislador procesal haya utilizado, para fijar el equivalente monetario del cumplimiento a efectos de ejecución, los criterios que marcaba el legislador sustantivo no puede ser entendido como integrante de una necesidad jurídica inevitable». Antes bien, «la independencia real de ambos procesos -el de cognición y el de ejecución- y la lógica diferente que en cada uno de ellos se mueve... amparan la valoración separada de las indemnizaciones a abonar por el ejecutado que no ha cumplido voluntariamente porque la naturaleza del acto ilícito al que se apareja la responsabilidad es totalmente distinta de la ilicitud originaria, sobre la que ya se pronunciara en su momento el Juez en la fase de cognición».

2 Los salarios de tramitación.

El pronunciamiento condenatorio alcanza también el pago de los salarios dejados de percibir entre la fecha de notificación de la sentencia en que por primera vez se declare la improcedencia del despido y la decl auto (art 279.2.c TRLPL) hasta la que, teóricamente se ha prolongado la relación de trabajo. Habida cuenta que el pago de los salarios anteriores a la notificación de la sentencia es impuesto- por ésta, no parece que -a salvo el descuento de los previstos en el arto 277.2 T ALPL si la ejecución se instó pasado el plazo fijado de 20 días, pero dentro de los tres meses de prescripción de la acción de ejecución- queden tramos de inactividad descubiertos de compensación económica desde el despido a la real extinción del contrato.

Además, y aunque nada dice el TRLPL en el apartado correspondiente a la ejecución de la sentencia que lleva aparejada la readmisión del trabajador «en sus propios términos», es evidente que también en este caso deben abonarse salarios de tramitación 384, en la medida en que la situación material precedente al auto es idéntica al supuesto contemplado en el arto 279 TRLPL.

Como señala el TS en S. de 13 de mayo de 1991 :1115 y ratifica en S. de 2 de diciembre de 1992 311, «es claro que la figura de los salarios de tramitación es sustancialmente igual, tanto en el despido nulo como en el improcedente, salvo algunas diferencias que no afectan a la esencia de esta institución, puesto que responde siempre a la misma *ratio legis* y persigue la misma finalidad u objetivos y, en consecuencia, parece lógico concluir que ese silencio (el del TRLPL) únicamente se debe a un afán de evitar repeticiones sobre lo mismo, pues en ambos casos, de lo que se trata es de abonar los salarios dejados de percibir, y que, por ende el arto 55.4, debe ser interpretado a la luz del art 56.I.b».

En definitiva, cubiertos todos los períodos de inactividad, la problemática en tomo al abono de los salarios dejados de percibir y especialmente el descubrimiento de su naturaleza aparece como una cuestión de carácter predominantemente material, antes que procesal, conectada con la propia dinámica de la relación de trabajo; máxime cuando sobre una situación doctrinal y jurisprudencial anterior relativamente pacífica o al menos, de conflictividad latente, algunos pronunciamientos, en ocasiones abiertamente contradictorios, vienen a reavivar en los últimos años la polémica sobre su naturaleza y comportamiento jurídico.

Naturaleza y extensión. Los supuestos de improcedencia, con opción de readmisión y nulidad del despido

La normativa vigente se muestra esclarecedora al respecto cuando la norma material, el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, vincula al despido procedente la extinción del contrato sin derecho a *salarios de tramitación* (art. 55.7), liga al despido nulo el abono de los *salarios dejados de percibir* (art. 55.6); atribuye al empleador ante el despido declarado improcedente el derecho a optar entre la readmisión o el pago de una *cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir* (art. 56.1ºb); o cuando señala que las indemnizaciones complementarias por salarios de tramitación se *considerarán salarios* a los efectos que el FGS satisfaga a los trabajadores el importe pendiente de pago a causa de la insolvencia o debilidad económica de la empresa (art. 33.1).

A clarificar la cuestión contribuye asimismo la norma adjetiva, el TRLPL, utilizando idénticas denominaciones a las anteriores en los arts. 109, 110.1 y 113, al reconocer al empresario la posibilidad de demandar al Estado por *salarios de tramitación* (art. 117), para reclamar los *salarios pagados* al trabajador en los días que excedan a los sesenta (art. 116.1) y al indicar que son siempre *salarios devengados* los que se reciben (art. 276), *salarios dejados de percibir* los que se adeuden (art. 279.2.c), o *salarios* que habrán de

actualizarse con los incrementos legales o convencionales en ejecución definitiva de la sentencia (art. 282.a).

Y ello porque, más allá de la «pluralidad nominal» de la que deja constancia algún autor 388, como determinante de la dispersión de la doctrina y de la jurisprudencia el tomo a la naturaleza jurídica de estas cantidades 389, en nuestra opinión los preceptos descritos, en su casi totalidad, presentan como denominador común la atribución a aquellas del calificativo «salario», sin duda sugerente de su verdadera naturaleza.

Con todo el análisis de la deuda contemplada en el art 279.I.C) extensiva como se ha dicho a los supuestos de ejecución in natura, que no se ignora requiere indagaciones jurídicas más profundas que la mera comprobación terminológica, no es una cuestión baladí. Hunde sus raíces en los mecanismos de extinción contractual y, partiendo de cual sea el momento en que se pone fin a la relación de trabajo. La solución adoptada trasciende la que haya de darse a otras cuestiones prácticas, como la necesidad o no de cotización a la Seguridad Social de estas cantidades, su posible revalorización, o el juego de posibles descuentos previstos o no por el legislador que pueden reducirlas considerablemente.

Pues bien, el estado de la cuestión se centra en los siguientes interrogantes: a) Si la decisión extintiva que constituye el despido -acto unilateral del empresario-- extingue el contrato de trabajo, con independencia de su eventual restablecimiento cuando así lo acuerde la sentencia judicial recaída en virtud del ejercicio de una acción de revisión del despido instada por el trabajador o cuando el empresario, tras la declaración judicial, haya optado voluntariamente por la readmisión; o sí, por el contrario, es necesario en todo caso para la producción de efectos extintivos la resolución judicial del vínculo contractual. b) Si el abono de los salarios dejados de percibir, reconocidos por la ley en favor del trabajador despedido -en sentencia o en auto dictado en el incidente de no readmisión-, tienen carácter indemnizatorio o naturaleza salarial.

La respuesta a ambos interrogantes se halla íntimamente relacionada y la jurisprudencia se muestra dividida al respecto. Para algunas sentencias el momento en que el despido provoca la terminación de la relación laboral es el primer criterio válido para dar paso a la ejecución, porque «la total extinción del contrato... acontece cuando se declara así en sentencia firme» (S. TCT de 25 de noviembre de 1980) y «el reconocimiento de la improcedencia del anterior despido... hace que los beneficios de la relación laboral tengan efectividad hasta la fecha de la conciliación, con posposición del momento en que tiene lugar la real y definitiva extinción», puesto que «la relación laboral subsistió con posterioridad a la fecha del despido» (S. TS de 27 de marzo de 1989) y aunque «la extinción del contrato de trabajo se produce efectivamente: por el despido del trabajador, tal despido solo produce efectos jurídicos cuando es conforme a derecho (S. TS de 21 de diciembre de 1989). Contrariamente, otros pronunciamientos sostienen que los servicios del actor «concluyeron el día del despido» (S. TCT de 15 de enero de 1985), puesto que «el tiempo transcurrido desde dicha fecha... no puede integrar la duración de la relación contractual»,

en la medida en que «en la vigente normativa el despido se produce por la sola voluntad del empresario sin más condicionamientos sobre su legalidad» (S. TS de 9 de diciembre de 1989).

Desde la primera de las tesis, contenida en pronunciamientos según los cuales la extinción tiene lugar con posterioridad a la fecha del despido, es precisamente el lapso de tiempo que media entre la decisión extintiva y la calificación jurídica el soporte de la existencia de una deuda retributiva que compensa los servicios no prestados en virtud de la conducta culpable del empresario; de manera que los salarios adeudados «corresponden a la retribución de una prestación profesional que, si no es real y efectiva..., es computable como de trabajo, ya que es sólo la acción antijurídica del empresario... la que ha impedido que la actividad laboral se prestase (SS. TCT de 9 de enero y 1 de abril de 1986) y, en definitiva, tales percepciones «tienen la consideración de salarios en sentido estricto» (S. TSJ Madrid de 10 de diciembre de 1991), «porque corresponden a la retribución de una prestación profesional de servicios que, si no se ha hecho efectiva, se ha debido a una acción antijurídica del empresario (S. TSJ La Rioja de 31 de julio de 1991).

Para el segundo grupo de pronunciamientos en los que la extinción de la relación contractual no requiere de mayores requisitos que la propia instrumentación de la decisión extintiva empresarial, cualquier imposición económica posterior al despido responde a esquemas ajenos a la base contractual de la relación de trabajo. Se afirma que tales percepciones no son «(sean) propiamente salarios» (S. TSJ Asturias de 17 de diciembre de 1991) 398, Y se recurre para su fundamentación a configuraciones de tipo indemnizatorio «los llamados salarios de tramitación... tienen el carácter de indemnización» (S. TCT de 21 de enero de 1982) 399 «por cuanto el art. 26.2 ET expresamente les niega tal consideración para darles la de concepto indemnizatorio de las señaladas en el art. 56 del propio Estatuto» (S. TCT de 1 de abril de 1.986)... « de forma y manera que la ya declarada como injusta decisión empresarial no suponga mayor perjuicio para el actor» (S. TCT de 5 de abril de 1989). En ellos, haciendo partícipes de una naturaleza común a las indemnizaciones previstas en los arts. 56.1a:) y b) LET y 211, pfo, 2º y 5º Ley se las califica como «indemnizaciones tasadas previamente establecidas en la ley, que responden a su condición de resarcimientos debidos por la pérdida de empleo cuando no compensan «la pérdida de la oportunidad de ganancia salarial infligida por el empresario» (S. TSJ Asturias de 17 de diciembre de 1991, cit.)-, que carecen del valor de restitución en la integridad que a veces se ha pretendido, pues se trata de una compensación de contenido tasado y previa mente fijado por la ley, sin que les sean aplicables los criterios civiles de cuantificación del daño, ni exigible la necesidad de probanza de los datos y perjuicios» (S. TS de 7 de diciembre de 1990. También, 9 de abril y 14 de diciembre de 1984, 18 de julio de 1985 y 11 de marzo de 1986).

Desde la perspectiva de los pronunciamientos que niegan el carácter salarial a tales débitos, aun cuando las diferentes sentencias presentan como denominador común el desprendimiento de la prestación de servicios del abono de los salarios de tramitación porque «el salario ya no aparece como

una contraprestación de éstos (los servicios), sino como un pago que impone la ley como medida encaminada a garantizar la ejecución de una sentencia que está siendo desconocida por el empresario» (Por todas, S. TS de 13 de marzo de 1991 y 20 de marzo de 1991, se agrupan diferentes corrientes atendiendo a la diferente finalidad de las cantidades adeudadas, ya sea estrictamente resarcitoria o participe además de un carácter punitivo o sancionatorio.

Mientras para algunos «en realidad las medidas del arto 215.2 LRJS tienen una finalidad compleja que no se agota en la reparación parcial del perjuicio que sufre el trabajador, pues tratan también de forzar directamente al empresario, mediante una presión económica, a cumplir de forma completa la sentencia, como se pone de manifiesto hoy en la nueva regulación, contenida en los arts. 281 y 282 TALPL» (SS. TS de 13 y 20 de marzo de 1991, cit. y 13 de mayo de 1991), otros argumentan que «no existe resquicio alguno para poder hablar de sanción del empresario, al tratarse de un puro resarcimiento», de lo que se deduce «que no cabe sostener el carácter punitivo o sancionador de los salarios de tramitación en el proceso de despido (nulo), sino que únicamente es posible afirmar que tales , salarios tienen, en todo caso, una clara finalidad recuperadora e indemnizatoria» (S. TS de 13 de mayo de 1991, cit.).

En cualquier caso, es lo cierto y así lo reconocen algunos pronunciamientos, que el legislador dispensa un tratamiento diferente a la nulidad y la improcedencia del despido, al tiempo que les asigna efectos diferentes y que pese a ser los salarios de tramitación una figura... sustancialmente igual» en ambos casos, lo es en la medida que responde a «una misma *ratio legis* y persigue una misma finalidad u objetivos (SS. TS de 2 diciembre de 1992 y 13 de mayo de 1991, Cit.); Identidad de razón que permite desligar de sí misma, los supuestos de improcedencia del despido con opción por la indemnización, en la medida en que lo pretendido en este caso no es la readmisión del trabajador, cuya frustración se transforme en el equivalente económico, sino la extinción misma del contrato a cambio del abono de las correspondientes cantidades.

En efecto, como señala la doctrina, no tienen porque ser idénticos... los salarios dejados de percibir anudados a la readmisión en el , despido nulo y los salarios dejados de percibir que se añaden para hallar una cantidad igual a la alternativa de readmitir propia del despido improcedente» y conscientes de ello se muestran algunas sentencias que eluden cualquier precisión terminológica para atribuir naturaleza salarial a las cantidades adeudadas con motivo de la declaración de nulidad y advertir del carácter indemnizatorio de los abonados con la sola finalidad de orillar la readmisión del despido improcedente (Por todas, SS. TCT de 4 de diciembre de 1984 y 18 de junio de 1986).

En tanto la declaración de nulidad revive los efectos del contrato de trabajo finalizado de forma declarada ineficaz, la improcedencia actúa de forma diferente. Ante la falta de justificación para despedir, la sentencia reconoce al empresario la opción entre readmitir o indemnizar. En tanto el ejercicio de ésta en favor de la readmisión supone la rehabilitación del vínculo contractual sin solución de continuidad, la opción indemnizatoria perpetua la terminación del

contrato acaecida con anterioridad, desde el momento en que se produjo el despido. Por esta razón, los salarios dejados de percibir a los que hace referencia el art 55.6 TRLET y 115 LRJS son estrictamente «salarios» a los que con posterioridad a la extinción se ha prestado apoyo contractual, y cuya naturaleza comparten los adeudados con motivo del ejercicio de la opción en favor de la readmisión, declarada la improcedencia (arts. 56. 1ºb ET y 112.1º LRJS), por las mismas razones que los anteriores. Por el contrario, los salarios dejados de percibir a cuyo abono se refieren los arts. 56. I.b) TRLET Y 110.1º TRLPL son indemnizaciones añadidas al despido improcedente cuando su pago ha sido la opción elegida por el empleador.

El despido se configura como un acto unilateral, causal, recepticio y formal del empresario, por el que se pone fin a la relación de trabajo. No obstante, de ser indebidamente ejercitado, el vínculo contractual es susceptible de ser «convalidado» *ex tunc* mediante ulterior resolución judicial, o desvirtuado mediante una declaración de nulidad -bien *in radice* o de nulidad simple- o de improcedencia. En este contexto, la readmisión del trabajador en idénticas condiciones a las que regían con anterioridad al despido «no crea una nueva relación laboral sino la rehabilitación de la misma, por lo que el período dicho surte sus efectos como si no se hubiera producido incidencia alguna» (S. TS de 9 de diciembre de 1989).

Se entiende, en definitiva, a todos los efectos, en virtud de una ficción legal, que la relación jurídico-laboral subsistió sin interrupción o solución de continuidad o, si se quiere, que el despido nulo carece de eficacia extintiva, porque al reanudarse la prestación «pese a él, se sigue causando el derecho al salario» (S. TS de 14 de diciembre de 1989).

Muestra de ello, lo es la continuidad en el abono de los salarios devengados durante la tramitación y el cómputo de la antigüedad en la empresa hasta el mismo momento de la resolución contractual por auto judicial.

Consecuente con la normalización de la relación laboral es el carácter salarial o retributivo de la percepción del trabajador durante la situación prevista en el arto 279.I.c y 215 LRJS. No se trata de una anomalía o una excepción desde el punto de vista del Derecho de Obligaciones, sino de una derivación o aplicación de la doctrina de la «*mora accipiendi*» cuya formulación general se establece en el arto 1.100 del Código Civil y que en el ámbito laboral es recepcionada por los arts. 30 TRLET Y 47 LCT, conforme a los cuales «el trabajador conservará el «derecho a su salario» si no pudiera prestar sus servicios por «retrasos» en darle trabajo o por «impedimentos que proyinieran de los locales, materiales, las maquinarias, los instrumentos o cualquier otra circunstancia, imputable al empresario y no al trabajador» .

Una vez restaurado «el iter de la relación laboral perturbada por el episodio del despido injusto», ha de aplicarse la solución que, prevista en el arto 30 TRLET, impone «al empresario que haya incurrido en *mora accipiendi* privando de actividad al trabajador que tenía derecho a obtener la ocupación efectiva el pago de los salarios que debió percibir y que no se le abonaron durante el tiempo de su inactividad forzosa» (S. TS de 4 de noviembre de 1986), «No es

sino la manifestación de una hipótesis de imposibilidad de la prestación de las previstas en el art 30 del propio Estatuto» (S. TS de 14 de diciembre de 1989), de manera que el título jurídico de la percepción del salario en la suspensión de servicios judicialmente constatada es el ofrecimiento o puesta a disposición real y no meramente hipotética de la pro~ia fuerza de trabajo o, simplemente, labor impedida por el empresario.

Desde esta perspectiva, partiendo de la naturaleza salarial de estas cantidades puede explicarse y encuentra acomodo la jurisprudencia, sobre las que más tarde se volverá, que ordena aplicar «los descuentos de Seguridad Social e IRPF, según viene estableciendo el art 26.3 LET», deduce ciertas cantidades correspondientes al acaecimiento de algunas causas suspensivas o interruptivas de la relación de trabajo, declara su incompatibilidad con el percibo de prestaciones de Seguridad Social, o su preferencia crediticia en aplicación del art 32 LET, practica el descuento de las retribuciones de vengadas en otro empleo desempeñado durante el tiempo cubierto por estas percepciones (art. 56.I.b LET), o toma como base para el cálculo el salario legalmente exigible que hubiera percibido el trabajador de haber sido regularmente readmitido; criterio este último que, por lo demás, nada tiene de extraño si se contempla la previsión del art 282.a) TRLPL, que, al referirse a la ejecución «in natura» y la continuidad del trabajador en el percibo de su salario, lo hace con expresa inclusión de «los incrementos que por vía de convenio colectivo o mediante norma estatal se produzcan hasta la fecha de la readmisión en la debida forma».

2.2. Consideraciones del computo, dinamicidad y devengo de intereses

La jurisprudencia vertida sobre los salarios de trámite los impone en todos los litigios solventados por la calificación de improcedencia o nulidad del despido y se muestra intransigente al exigir su abono e interpretar restrictivamente, cuando no rechazar, las alegaciones del deudor en orden a su exoneración o compensación con otros créditos.

De ella puede deducirse que, con excepción de los supuestos en que no procede su reconocimiento 429 o ésta reviste alguna especialidad 430°, su cuantificación se efectúa sobre el total bruto de las percepciones del trabajador con el prorrateo de las pagas extraordinarias (SS. TCT de 7 de febrero, 16 de marzo y 2 de abril de 1987, y S. TSJ Cantabria de 18 de abril de 1991), sin incluir los gastos de desplazamiento (S. TS de 6 de noviembre de 1992) , ni las propinas (SS. TS de 20 de octubre de 1989, y 23 de mayo de 1991 435; S. TSJ Andalucía, Málaga de 8 de octubre de 1992 436) Y teniendo en cuenta las partidas que formaban parte del salario en especie, señaladamente las correspondientes a uso de vivienda (S. TSJ Andalucía (Sevilla) de 20 de mayo de 1992) o el llamado «complemento de vivienda» (SS. TS de 31 de mayo de 1990 y 29 de diciembre de 1986).

Expresado en los términos de la S. TSJ Baleares de 8 de octubre 1991,, «El salario a tener en cuenta en materia de despido es el salario bruto real que perciba en el momento del mismo, incrementado con la prorrateo de pagas

extras, sin incluir las prestaciones extrasalariales, tales como el plus de vestuario, de transporte, de dietas o desplazamientos claramente definidos por su naturaleza indemnizatoria o de compensación de suplidos por el art 3 del RD de ordenación del salario... y 4 de la Orden de 22 de noviembre de 1973».

La cuantía del salario a satisfacer en ejecución de sentencia viene determinada por el contenido del título ejecutivo; pero la sentencia debe responder, a su vez, a la realidad material de los hechos y a la hora de cuantificar, si no se hace en la sentencia hay que remitirse a las reglas sustantivas en cuanto a fecha de devengo, lugar y forma de pago, ya que no todas las incidencias posibles están previstas siempre en aquella, aunque la Ley exige consignar en la demanda «el tiempo y forma de pago» del salario (art. 104.a TRLPL).

El abono de salarios de tramitación constituye una obligación procesal, delimitada por el contenido de la ejecutoria pero cuya cuantía y contenido se delimitan en la práctica en ejecución de la sentencia conforme a las normas sustantivas aplicables a la relación laboral, incluso mediante el aporte probatorio de las partes.

La determinación de los salarios de trámite en la sentencia firme que sirve de título ejecutivo debe atender al salario percibido en el momento del despido . Si el trabajador percibía en el momento del, cese un salario inferior al debido, la jurisprudencia optó en su momento por aplicar el contenido en los Decretos de salario mínimo pero no el salario fijado en Convenio o en contrato (S, TS de 7 de diciembre de 1990, y S. TSJ Galicia de 6 de octubre de 1992). No obstante, la doctrina ha dado paso a otra muy distinta que reconoce la posibilidad de revisar en el juicio por despido la corección del salario efectivamente percibido, por entender que es idóneo dicho proceso para dilucidar cual debe ser el salario regulador y si el salario debido es superior al realmente percibido por el trabajador en el momento del despido (S. TS de 25 de febrero de 1993 y 12 de abril de 1993).

De otra parte, en cuanto a su cómputo, algún pronunciamiento entiende que permanecerá estático durante la ejecución, independientemente de que durante el transcurso de la resolución del conflicto se produjeran modificaciones en la remuneración del trabajador como consecuencia de la entrada en vigor de nuevas normas legales o convenios colectivos.

En fase de cognición, la jurisprudencia se muestra pérdida y, a los efectos de fijar el importe que habrá de consignar la sentencia y concretar el contenido de la condena, en ocasiones, entiende que el ilegalmente despedido... (debe) percibir por el período de inactividad consecuente al despido los mismos salarios que los que devengaría en caso de actividad laboral»; interpretación que se muestra «la más coherente con el contexto del precepto mencionado (art. 55.4 LET), que ordena el efecto de la readmisión inmediata... porque... con ello se expresa la *ratio legis* de ininterrumpida continuidad en el tracto jurídico-laboral, que ha de extenderse también al ámbito económico de la relación establecida entre empleador y empleado». Lo contrario «llevaría al absurdo jurídico de que la ley tienda a favorecer a quien adopta una medida ilegal y a

perjudicar al injustamente sancionado» (SS, TS de 29 de septiembre de 1989 , 9 de octubre de 1988 y 14 de marzo de 1988).

Otras veces por el contrario, razona que «no puede sostenerse su actualización debida a los sucesivos incrementos salariales producidos por disposición legal o por convenio colectivo» (SS. TS de 30 de enero de 1991 y 7 de diciembre de 1990).

En el fondo de ambas soluciones subyacen distintas acepciones sobre la naturaleza de dichos salarios. Mientras la primera las concibe como remuneraciones vinculadas a la persistencia del contrato, adaptándolas al crecimiento y revalorización que experimentan los salarios en nuestro país, la segunda las considera indemnizaciones cuya previa determinación se desentiende de posibles modificaciones de las cantidades resultantes.

En definitiva, en los despidos nulo e improcedente con opción por la readmisión, la naturaleza salarial de estas cantidades comporta la adecuación ininterrumpida del importe de los salarios dejados de percibir durante el tiempo por el que se prolongue la negativa a incorporar, al trabajador en la empresa, en tanto ésta no se ejecute o se extinga, si procede, la relación laboral.

Por el contrario, cuando la improcedencia se reconduzca a la indemnización, la cifra de la suma igual a los salarios dejados de percibir puede referirse a la remuneración abonada al tiempo del despido».

Por lo demás, esa distinta configuración de los salarios de trámite proyecta alguna influencia, asimismo, en la fase de ejecución de las sentencias firmes por despido. En ella se afirma en ocasiones que el auto ejecutorio no debe sobrepasar los límites del título ejecutado y por tanto que el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de los salarios de trámite adeudados «es el que consta en el relato fáctico de la sentencia... y al que en consecuencia hay que atenerse» (S. TS de 3 de julio de 1990), de manera que existe una «imposibilidad de variar los salarios de tramitación establecidos en la sentencia de trámite en ejecución de la misma», «ya que no es dable modificar los términos del fallo ejecutado introduciendo aspectos nuevos, contemplados en aquel que viene a comportar una clara modificación de su propio contenido» (S. TSJ Extremadura de 24 de junio de 1992, con cita de las SS. TS de 24 de enero y 31 de diciembre de 1991; S. TS de 24 de enero de 1990).

No obstante, en sentido contrario, el TS en S. de 29 de septiembre de 1989, razona que «el salario computable en el incidente de no readmisión es el que corresponde al tiempo de dictarse el auto y consistente también en que los salarios de tramitación durante el tiempo referido en dicha sentencia se incrementan con las mejoras establecidas en los correspondientes convenios colectivos».

Asimismo, el TSJ Cataluña, en S. de 6 de julio de 1992, anula el auto recurrido y repone las actuaciones al momento anterior a dictarse tal acuerdo. Para ello razona que «la resolución recurrida... no contiene elementos de carácter fáctico

necesarios para el pronunciamiento a dictar, tanto por el mismo órgano jurisdiccional como por la Sala, como es el salario percibido por el actor a raíz de su incorporación o el mayor que le hubiera correspondido, en su categoría, de haber sido regularmente readmitido, o lo que es lo mismo, el salario asignado a su puesto de trabajo y categoría profesional, aquel-en que habría de reanudarse la relación, y ello según valores actuales, puesto que no se trata de rectificar salarios de tramitación contenidos en la sentencia, sino del salario debido al reanudarse la relación laboral que estuvo suspendida, como en cualquiera de los casos del arto 45 LET» (Fundamento de Derecho Quinto).

En cualquier caso, criterios de estricta justicia impedirían que el trabajador ilegalmente despedido y sin ocupación compensatoria durante toda la tramitación judicial del despido, una vez conseguida la nulidad de este último - que conllevaría la absoluta falta de producción de efectos por el mismo, soportase el perjuicio -causado por la privación de las mejoras salariales devengadas por los demás trabajadores no sancionados, desde la fecha del despido hasta la efectiva resolución de la relación laboral con la empresa.

Asimismo, admitir la congelación del salario al tiempo de producirse el despido implicaría un contrasentido en la medida en que conduciría a la «percepción de una desigual retribución respecto de un mismo trabajo», con la correspondiente infracción de la regulación imperativa del salario aplicable en cada momento. Y todo ello permite deducir, por último, que si «el legislador cuantificó *ex lege* el importe de la indemnización resarcitoria del despido en función del tope salarial vigente al tiempo de la imposición del mismo», la voluntad legislativa en cuanto al despido nulo, fue la restauración *in integrum* de la relación laboral.

Por lo demás, debe tenerse en cuenta que el art 576 LEC se aplica a todo tipo de resoluciones judiciales de cualquier orden jurisdiccional que contenga condena al pago de *cantidad líquida*» (S. TSJ La Rioja de 30 de noviembre de 1992 y s.s. TS de 3 de diciembre de 1990) en cuyo caso ésta devengará en favor del acreedor... un interés anual igual al interés del dinero incrementado en dos puntos» [Vid. S. TSJ Andalucía (Málaga) de 19 de septiembre de 1992] y que el auto extintivo de la relación laboral contiene una condena líquida en lo relativo a la indemnización y los salarios de tramitación; razón por la cual, una y otra cantidades comenzarán a devengar interés a partir de la fecha en que se dicta el auto determinando la cantidad líquida, cuestión que se debe resolver en el trámite de ejecución de sentencia (SS. TCT de 1 y 2 de abril y 2 de julio de 1986 , SS. TS de 9 de julio de 1984 y 14 de mayo de 1985).

No obstante, el interés por mora frente a cantidades acordadas en las resoluciones judiciales y que hace referencia el art 576 LEC, no debe confundirse «con el interés por mora en el pago del salario que establece el art 29.3 LET, el cual tiene su fundamento en el incumplimiento del empresario de su deber de puntualidad en el pago del salario (art. 29.1 LET) Y no sólo en la pérdida de poder adquisitivo por el transcurso del tiempo. Ambos intereses moratorios son obviamente compatibles; pero los segundos han de ser fijados en la sentencia para poder ser objeto de ejecución» (S. TSJ La Rioja de 30 de noviembre de 1992, cit.).

2.3 Los descuentos: en especial las cuotas a la Seguridad Social

Por mandato expreso del arto 3 del RD 625/1985 de 2 de abril, deberán computarse como ocupación cotizada, a efectos de reconocimiento y abono de las prestaciones por desempleo, las cotizaciones por salarios dejados de percibir como consecuencia del despido nulo.

Coherente con ello se muestra la Ley 11/ 1994, que introdujo un nuevo párrafo al arto 56.*l.b* LET, conforme al cual «el empresario deberá mantener en alta al trabajador en la Seguridad Social durante el período correspondiente a los salarios» de tramitación y la O. de 18 de enero de 1995, cuya disposición adicional decimoquinta declara al empresario «sujeto responsable de cumplimiento de la obligación de cotizar por los salarios de tramitación abonados como consecuencia de procesos seguidos por despido o extinción del contrato por causas objetivas» .

En cumplimiento del primero de los preceptos, son numerosas las sentencias que, sin mayor especialidad, ordenan o ratifican el descuento de las correspondientes cuota. Ciertamente que algunos pronunciamientos, con carácter minoritario hagan la deducción cuando la declaración judicial sea de improcedencia -sin establecer distingo alguno según la opción se haya efectuado por la indemnización o la readmisión, por considerar cotizables a la Seguridad Social únicamente los salarios de tramitación reconocidos en los despidos nulos (S. TS de 14 de diciembre de 1989), o que han existido discrepancias sobre los despidos improcedentes, distinguiéndose en ellos los supuestos de opción por la indemnización o la readmisión (S.TS de 9 de diciembre de 1989), no es menos cierto que alguno de ellos acaba concluyendo, ambiguamente respecto del contenido general de la sentencia que «en resumen, si ha habido readmisión, ha habido rehabilitación del contrato existente y, por lo tanto, debe producir todos sus efectos, tanto para la economía del readmitido, como para las consecuencias ante la Seguridad Social» (S. TS de 9 de diciembre de 1989), y que, en su conjunto, abocan a la equiparación de ambos supuestos improcedencia y nulidad-.

En todas estas sentencias, pero con mayor vehemencia -en la medida en que se practica la extensión de la norma a supuestos no expresamente contemplados por el legislador- en las que declaran la improcedencia del desistimiento empresarial, se argumenta la subsistencia de la relación laboral reinstaurada, que presta apoyo al devengo de retribuciones aun en situación de inactividad y corrobora el carácter salarial de estas percepciones, al que contribuye también la consideración por la propia normativa fiscal como renta a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Además de afirmarse que, declarado improcedente el despido, la cuantía a que ascienden los salarios de tramitación se obtiene «computando la cantidad en su total bruto de la que habría que deducir las retenciones fiscales y cotizaciones correspondientes» (S. TSJ Madrid de 12 de marzo de 1991), o rechazarse los motivos fundados en la jurisprudencia alegada de parte, conforme a la no exclusión de las cotizaciones a la Seguridad Social (S. TSJ

Canarias de 26 de abril de 1991), la detracción de las cuotas por ambos conceptos se justifica en que «la relación laboral subsistió con posterioridad a la fecha... (de la declaración de improcedencia)... y al no interrumpirse en ningún momento... surge la obligación de cotizar, según el art 70 de la Ley General de Seguridad Social». Y ello, porque, en definitiva, tales pronunciamientos aceptan como punto de partida que «los salarios de tramitación establecidos... son, como su propio nombre indica, salarios que se reconocen al trabajador por el expresado período de tiempo, aunque no sean prestados efectivaménte los correspondientes servicios

1.1 Ausencia de configuración del incidente de no readmisión: un poco de historia..

1. Originariamente, el despido es considerado como un acto informal. Más tarde, tal y como lo demuestra la costumbre y el RDL de 26 de noviembre de 1926, se le rodea de formalidades que no son consideradas *ad solemnitatem* .

Hasta 1931, es calificado de dos formas diversas: de un lado, despido ordinario o sin causa, considerado como la manera habitual de poner término a los contratos de trabajo indefinidos; y, de otro, despido extraordinario o causal, propio de los contratos de trabajo temporales. En estos últimos, la falta de causalidad únicamente generaba el derecho del trabajador a recibir una cantidad de dinero del empresario, incluso, bajo la vigencia del RD de 22 de julio de 1928, que fue el único que impuso en un primer plano la readmisión.

2. Con la Ley de Jurados Mixtos de 27 de noviembre de 1931, se introduce el sistema de despido-propuesta mediante el sometimiento de la decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo al Jurado Mixto.

A través de esta Ley, de la LCT de 27 de noviembre de 1931 y del Texto Refundido de 29 de agosto de 1935, con independencia de la duración del vínculo contractual, el despido pasa a ser calificado de justo, cuando se basa en una causa real, y de injusto, cuando no se invoca causa alguna o cuando ésta no concurre o es falsa. Supuesto, este último, en el que se atribuía al empresario la obligación de pagar los salarios de tramitación y la facultad de optar entre el abono de una indemnización o la reincorporación del empleado, sin que su inicial inclinación en favor de esta última obligación le sujetara a realizarla, ya que podía transformarla en una suma de dinero.

3. El Decreto de 6 de noviembre de 1941 y la LCT de 26 de enero de 1944 establecieron un nuevo sistema de opción: a favor del trabajador, en las empresas de más de cincuenta trabajadores fijos, y a favor del empresario, en aquellas que no alcanzasen ese número de empleados fijos 18). En ambos casos, si la opción se había decantado por la readmisión sólo en principio el empleado debía ser reincorporado en el mismo puesto y en idénticas condiciones a las que viniera disfrutando, ya que era posible sustituir esa obligación por una indemnización, cuya cuantía era fijada por el Juez atendiendo a una serie de parámetros fijados normativamente y al máximo del importe de un año de jornal.

En relación a los despidos de los enlaces sindicales, las Órdenes de 21 de enero de 1944 y de 22 de octubre de 1948 exigen la formulación de un expediente con informe sindical y propuesta dirigida al Magistrado.

4. Por su parte, las Reglamentaciones de Trabajo extienden el despido-propuesta y el expediente disciplinario a supuestos en los que *ex lege* no eran necesarios, haciendo que la excepcionalidad formal se transformara en una regla general, aunque vacía de contenido real, en tanto en cuanto para su inobservancia no se preveía consecuencia alguna.

Todavía no se utiliza el calificativo de nulidad ni se impone, salvo excepciones, la estabilidad real en el empleo. La primera ocasión en la que se acude a ese calificativo la debemos a una construcción jurisprudencial que le vincula al incumplimiento de los requisitos formales impuestos en las Reglamentaciones de Trabajo. Siendo la Orden de 23 de abril de 1947 la primera norma que le identifica con una de las posibles consecuencias de los despidos, si bien, únicamente de aquellos en los que no se eleva la oportuna propuesta ante el órgano jurisdiccional, o bien en los que el empresario adopta el cese sin contar con la necesaria autorización administrativa .

1.2. Nacimiento del Incidente de no Readmision

1. Hasta el Decreto de 26 de octubre de 1956, encargado de regular el régimen de los despidos comunes, no se puede hablar en sentido estricto de proceso de ejecución de los despidos, puesto que su núcleo básico, el incidente de no readmisión, no había sido regularizado. Además, este Decreto deja sin efecto las exigencias formales de las Reglamentaciones de Trabajo, sustituyéndolas por una carta de despido en la que debía constar la fecha de la extinción contractual y las razones que la motivaran.

2. Todo ello, no obstante, no debe inducirnos a concluir que los cambios introducidos significaron la implantación de un sistema radicalmente nuevo u opuesto al que venía utilizándose hasta ese momento.

En primer lugar, su contenido era sólo aplicable a los despidos comunes, no a los especiales o por cese de la empresa, que quedaban sujetos al método del despido-propuesta.

En segundo lugar, en la mayoría de los supuestos en los que sí era aplicable, la no readmisión se transformaba en una obligación dineraria, ya que la tramitación del incidente terminaba con un auto en el que se condenaba al abono de los salarios de tramitación y se establecía una indemnización por no ejecución -con naturaleza más próxima a la pena civil por incumplimiento que a una indemnización *stricto sensu*- cuya cuantía no podía ser inferior al sueldo o jornal de seis meses, ni superior al de cuatro años, ni menor que el importe de la fijada en la sentencia.

En tercer lugar, sólo cabía la readmisión obligada, sin posible indemnización sustitutiva, cuando hubieran optado por ella trabajadores que desempeñasen

destinos en los que hubieran ingresado por imposición legal, mediante oposición o concurso-oposición, aunque no se establecía el cauce a través del que debía satisfacerse.

En cuarto lugar, clasificaba los despidos en procedentes, cuando se hubiera alegado y probado alguna de las causas que los justificaban, e improcedentes, en los demás casos, obviando la calificación de nulidad y sus efectos - atribuyendo así idénticas consecuencias a aquellas extinciones contractuales que no se atemperaban a la forma exigida y a aquellas otras en las que el empresario no lograba demostrar la existencia y gravedad de la causa alegada para despedir y, finalmente, en quinto lugar, disciplinaba el derecho de opción igual que sus precedentes normativos.

3. Esta situación varía con el TRLPL aprobado por el Decreto de 4 de julio de 1958 y los posteriores textos rituales de 1963, 1966 Y 1973, en tanto en cuanto todos ellos previeron la nulidad de los despidos que no cumplieran con los presupuestos formales, a la par que la improcedencia de aquellos otros en los que no se lograra acreditar la causa alegada.

La ejecución específica era obligada cuando el despido era declarado nulo y, al igual que en el Decreto de 1956, cuando la readmisión era elegida por el trabajador que desempeñase destino al que hubiera accedido por oposición o concurso-oposición, aunque tampoco se preveía el cauce a través del que debía llevarse a cabo. Asimismo, se seguían los pasos del Decreto de 1956 en la regulación del cumplimiento de los títulos ejecutivos de quienes no se encontraran en el caso anterior, respecto a los que el auto resolviendo el incidente de no readmisión debía condenar al empresario al abono de una indemnización, silenciando, en cambio, si era o no posible la condena a los salarios de tramitación.

En todo caso, dada la escasez de la Orden de 23 de abril de 1947, puede señalarse que es a través de estas normas rituales cuando comienza a distinguirse la nulidad de la improcedencia en base a las diversas desviaciones empresariales en las que ambas se fundamentan, en la primera formales, y en la segunda de fondo. Si inicialmente la calificación de nulidad no fue utilizada, se debió a que el despido, al menos, como regla legal general, era un acto informal. Cuando las formas comienzan a ocupar un lugar en la terminación de las relaciones de trabajo, va haciéndolo también la nulidad vinculada a su ausencia. La procedencia e improcedencia del despido ha sido, en cambio, una cuestión relativa al fondo o a la causa, o, lo que es lo mismo, a los motivos aducidos por el empresario para la resolución del contrato de trabajo).

1.3. ÉPOCA DE LA TRANSICIÓN POLITICA

1. La LRL de 1976 y el RD 1925/1976, de 16 de julio, exigieron la tramitación de un expediente en el que debía ser oído el trabajador. En el supuesto en el que el empresario despidiera sin respetar los requisitos formales, calificaban el despido de nulo, a la vez que obligaban a la readmisión y al abono de los

salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de cumplimiento de la condena. Para el despido injusto, el art 35 LRL preveía idénticas consecuencias que para el nulo.

Ahora bien, no se consagró de modo absoluto la readmisión, porque se permitía su sustitución por una indemnización, siempre que el Magistrado la considerara incomparable con la normal convivencia laboral y cuando así lo acordaran las partes. Esta indemnización no podía ser inferior a seis meses de salario ni a dos mensualidades por año de servicio, ni exceder de cinco anualidades, existiendo reglas especiales para los trabajadores titulares de familias numerosas y mayores de cuarenta y cincuenta y cinco años. En todo caso, en la ejecución específica, tras la correspondiente solicitud del trabajador, el Magistrado debía instar al empresario al cumplimiento de la obligación de readmitir. Si éste no atendía dicho requerimiento -además de poner los hechos en conocimiento de la Autoridad Laboral, a fin de que le sancionara en el supuesto de que hubiera cometido una infracción-, el Magistrado acordaba que el trabajador permaneciera en alta y con cotización a la Seguridad Social, a la vez que continuara percibiendo sus salarios con la misma periodicidad y con los incrementos que por vía de convenio o mediante norma estatal se hubieran producido, hasta que la empresa procediera en debida forma a la readmisión.

Para asegurar la puntualidad en el cobro de los salarios, el Magistrado podía ampliar lo ejecutado en una cantidad no inferior a seis meses ni superior a cinco años de salario, e, incluso, acordar reponer la disminución que sufriera el fondo así constituido como consecuencia de los pagos que con cargo al mismo se fueran efectuando, despachando al efecto nuevas ejecuciones. Por último, producida la readmisión en debida forma y una vez satisfechas las costas causadas, se devolvía al empresario el saldo existente (25). El RDL 18/1976, de 8 de octubre, suspendió hasta septiembre de 1977 la vigencia del art 35 LRL de 1976. En este orden de ideas, estableció que las sentencias que declarasen la nulidad y la improcedencia de los despidos debían condenar a la readmisión, aunque en el supuesto de que ésta no fuera satisfecha, permitía su sustitución por una indemnización que debía fijar el Magistrado tomando los datos de antigüedad, las condiciones del contrato, las posibilidades de encontrar un nuevo empleo y las circunstancias personales y familiares del trabajador, sin que en ningún caso pudiera ser inferior a dos meses de salario por año de servicio, ni exceder de cinco anualidades. Junto a ello, sustituyó la tramitación del expediente por una carta de despido, que debía contener los hechos que lo motivaran y la fecha de su efectividad (26). Pero, bastante antes de concluir el plazo de suspensión del citado art 35, el legislador efectúa otra nueva regulación del despido, esta vez sin el signo de provisionalidad de la anterior. En concreto, el RDLRT 17/1977, de 4 de marzo, mantiene la carta de despido, a la par que somete los despidos de los cargos electivos de carácter sindical a una comunicación previa a los representantes de los trabajadores en la empresa; y, de otro lado, atribuye al despido nulo, que sigue unido al incumplimiento de formalidades, los mismos efectos que al improcedente -es decir, el - derecho del trabajador a ser readmitido- y, si el empresario no procedía a su reincorporación, a la sustitución de dicho débito por una obligación dineraria acompañada de la definitiva extinción de la relación laboral. En la cuantificación de esta indemnización sustitutoria, el Magistrado debía

tener en cuenta, aparte de las circunstancias enumeradas por la normativa anterior, la dimensión y características de la empresa, estando facultado para minorarla en aquellas que tuvieran menos de veinticinco trabajadores. La cantidad resultante no podía ser inferior a dos meses de salario por año de servicio, ni exceder de cinco anualidades.

La única excepción normativa a la ejecución por equivalencia afectaba a los trabajadores que ostentaban cargos electivos de carácter sindical, en cuyo caso, la readmisión debía cumplimentarse en sus justos términos, salvo acuerdo en contrario de las partes; además, en la práctica, la ejecución *in natura* se extendió a los despidos discriminatorios basados en alguno de los motivos a los que el art. 32 del vigente RDLRT negaba virtualidad para operar como causa de despido. Pero nada se establecía acerca de los medios que los órganos judiciales habrían de utilizar para lograr la efectividad de la readmisión. Ante este silencio legal, se defendió que hasta la promulgación de una nueva norma rituarial laboral, se aplicaría la de 1973 en la redacción dada por el Real Decreto 1925/1976.

2. Situación existente con el Estatuto de los Trabajadores

2.1. DURANTE LA VIGENCIA DEL TRLPL DE 1980

1. Durante la vigencia del ET, Ley 8/1980, de 10 de marzo, el empresario debía comunicar al trabajador el despido disciplinario a través de un documento escrito -carta de despido- en el que había de fijar los hechos motivadores de su decisión y la fecha en la que tendría efectos (art. 55.1 ET) y, siempre que afectara a un representante de los trabajadores en la empresa, respetar la previa instrucción de un expediente contradictorio (art. 68.a ET) (31). De otro lado, para los despidos objetivos, la norma estatutaria fijaba una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, que debía ser entregada al empleado junto con la comunicación escrita que expresara la causa del despido, y un preaviso de duración variable en función de la antigüedad del trabajador (art. 53.1 ET). Y, por último, los despidos colectivos se encontraban sometidos a un expediente de regulación de empleo (art. 51 ET).

2. En cuanto a la calificación, el despido individual se consideraba procedente cuando resultaba acreditado el incumplimiento alegado por el empresario, e improcedente en caso contrario. Respecto a la nulidad, se rompe con su tradicional vinculación a los incumplimientos formales, porque junto al despido nulo por razones de forma (arts. 53.4 y 55.3 ET y art. 111 TRLPL de 1980), se contempla otro, el despido nulo por razones de fondo, identificado con el de los trabajadores que tenían suspendido su contrato de trabajo, siempre que la jurisdicción competente no apreciara su procedencia (art. 55.6 ET). En relación a los despidos colectivos, se otorga la calificación de nulidad a los efectuados sin la preceptiva autorización administrativa (art. 113 TRLPL de 1980).

3. Tanto el ET, como el TRLPL de 1980, atribuían a los despidos nulos e improcedentes diferentes efectos. A los primeros aparejaban la readmisión obligada, salvo en los casos de nulidad basada en la suspensión del contrato de trabajo, supuesto en el que debía estarse a las normas aplicables al caso. Mientras que a los segundos la posibilidad de que la reincorporación fuera

sustituida por una indemnización de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, con un máximo de cuarenta y dos mensualidades, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año.

Sin embargo, los arts. 208 a 211 TRLPL de 1980 permitían que en el trámite ejecutivo ambos despidos concluyeran con la extinción de la relación laboral, acompañada del abono de los salarios de tramitación y de una indemnización. Por lo que, vía de ejecución, quedaban igualados los efectos de la improcedencia y de la nulidad y, derivadamente, roto el principio de causalidad en favor de *"lo que comúnmente se conoce como despido pagado"*(32).

4. En la letra de la ley, no obstante, esta regla general quebraba *con* la readmisión obligada de los representantes unitarios o sindicales de los trabajadores en la empresa, acompañada de la obligación empresarial de pagarles salarios de tramitación y de mantenerles en alta en la Seguridad Social hasta que la reincorporación fuera satisfecha (33).

Pero, si esta excepción se analiza detenidamente, se llega a la conclusión de que era más aparente que real (34), porque el legislador admitía que el empresario pagara una indemnización para prescindir de la readmisión, siempre que dichos empleados estuvieran de acuerdo. Dándose la circunstancia de que la cuantía de esa obligación sustitutoria no poseía ningún tope máximo, pudiendo resultar muy atractiva para los ejecutantes -dado que seguramente tendrían dificultades de convivencia derivadas del despido y del propio desarrollo de la actividad representativa- y para los empresarios -porque si realmente querían romper los contratos de trabajo, sabían que podían hacerlo, aunque fuera a cambio de una determinada suma de dinero-. Además, las medidas de presión que se establecían en favor de la exacta reincorporación no podían equipararse a ella, pues sólo se contemplaban en beneficio del derecho de participación y del derecho a libertad sindical del empleado que veía su contrato extinguido -no de la vertiente colectiva de cada uno de estos derechos-, debido a que no se exigía que los representantes continuaran en el ejercicio de sus funciones representativas.

5. Por lo tanto, las dificultades que generó la nueva normativa adjetiva tenían su origen en el desajuste, casi absoluto, que mantenía con el ET. No se limitó a regularizar, armonizar y aclarar los textos legales refundidos, yendo más allá de las atribuciones que la norma delegante le había conferido, alterando los criterios adoptados en cuanto a los efectos del despido nulo -a través, especialmente, del segundo párrafo de su arto 211-, mediante la regulación del llamado incidente de no readmisión en una forma claramente no querida por la norma material (35). Resultando que si dudosa era su legitimidad para modificar el ET, la cuestión se hacía más ardua, al darse la circunstancia de que dicha modificación era consecuencia de una delegación que la autorizaba y, al mismo tiempo, limitaba en función del debido respeto a los contenidos de la ley sustantiva (36). Erigiéndose, así, en un claro exponente de la tendencia de nuestro legislador a utilizar los textos rituales laborales para introducir medidas de política legislativa tendentes a adecuar la regulación del despido a las necesidades del mercado de trabajo.

La incorrección de tal extralimitación llegó a plantearse al Tribunal Constitucional, quien no la abordó argumentando que se trataba de una

cuestión de legalidad ordinaria que correspondía resolver en exclusividad a los Jueces y Tribunales del orden social (art. 117.3 CE), en tanto en cuanto, en sí mismo, el establecimiento de una indemnización sustitutoria no era, ni es, contrario al art. 24.1 CE (37). Como ya sabemos, este precepto no consagra el derecho a la ejecución en sus propios términos, sino que admite, tanto aquella en la que se cumple la identidad absoluta entre el contenido del título ejecutivo y lo acordado en ejecución, como aquella otra en la que, por razones atendibles, la condena es sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación.

6. Ahora bien, lo que era, y es, innegable es que a través del despido no podía resultar lesionado un derecho fundamental ni los principios generales del derecho. Conscientes de tal exigencia, la doctrina y la jurisprudencia construyeron las categorías de los despidos lesivos de derechos fundamentales y la de los despidos fraudulentos y abusivos, sancionando ambas con la que llamaron nulidad radical (38), a pesar de que su ilicitud causal fuera diversa (39). En concreto, la base legal de la primera era la CE y la de la segunda el derecho común (40), quedando agrupados en su seno todos aquellos supuestos en los que, ante la arbitrariedad manifiesta del despido (41), los órganos judiciales acudían para fundamentarla a los arts. 6.4 y 7 CC (42). Y ello, con independencia de que en ocasiones, el fraude de ley y el abuso del derecho pudieran utilizarse para lesionar un derecho constitucional y de que, en estos casos, la nulidad procediera por tal circunstancia (43).

Con este planteamiento, pierden base las posiciones doctrinales que han afirmado que los despidos lesivos de derechos fundamentales, los fraudulentos y abusivos pueden reconducirse a una sola figura jurídica. En dicho sentido, se ha llegado a señalar que tales extinciones contractuales son el resultado de una lectura del ordenamiento laboral realizada a la luz de los preceptos, principios y valores constitucionales (44) que conduce a mantener que el elemento esencial de la calificación de nulidad radical es la lesión de un derecho fundamental, con independencia de los medios utilizados para conseguirla (45).

7. En todo caso, aludir al despido radicalmente nulo debía ser sinónimo de aludir a la ejecución *in natura*. A la suma resultante de la readmisión, del pago de los salarios de tramitación y del mantenimiento del trabajador en sus derechos, o, lo que es lo mismo, a la exclusión de la ejecución por equivalencia, al margen de que ésta fuera la consecuencia que se deducía de la letra de la ley. Pero, al encontrarse la doctrina y los órganos judiciales ante una construcción jurídica de origen jurisprudencial, el siguiente problema que tenían que resolver era el determinar el cauce procedimental que habría de seguirse para convertir en realidad tal consecuencia. Al efecto, ya pesar de que podía terminar con la ruptura del vínculo jurídico-laboral, entendieron aplicable el procedimiento previsto para cubrir la ejecución de los despidos improcedentes de los representantes legales de los trabajadores que hubieran optado por la readmisión (arts. 212 y 213 de la TRLPL) (46). Argumentaron que con esa aplicación extensiva se salvaba la necesaria diferenciación que los despidos radicalmente nulos debían mantener con el resto de los despidos, en la medida en la

- que se les atribuía un tratamiento distinto, agravatorio, de las responsabilidades de quienes los hubieran causado (471. Quedando, consecuentemente, reducido el campo de actuación del procedimiento de ejecución por equivalencia al de los despidos improcedentes, siempre que el ejercicio del derecho de opción correspondiera al empresario, y al de los despidos nulos basados en incumplimientos formales.

Para avalar esta diferencia de trato, el Tribunal Central de Trabajo y el Tribunal Supremo apelaron al carácter personal o personalísimo de la obligación de readmitir (148) y, dado que la relacionaban con él, a su pretendida naturaleza incoercible (49) e infungible (150). Junto a ello, situaron la necesidad de respetar la libertad personal del empresario(51) y, en aras de la seguridad jurídica, de efectuar una interpretación sociológica e integradora del art 54 ET y de los arts. 208 y 211 TRLPL que no se limitara a la literalidad de la norma (152), sino que tuviera en cuenta que en ese momento no era preciso garantizar la estabilidad de la mano de obra en el mercado de trabajo.

8. Sin perjuicio de que el resultado al que se llega con ellos era el único posible con la normativa entonces vigente, entendemos que estos argumentos no son correctos, o, al menos, que no lo son del todo.

De un lado, difícilmente pueden encajar en el art. 18.2 LOPJ (531, en tanto en cuanto, después de establecer que *"las sentencias se ejecutarán en sus propios términos"*, este precepto prevé que *"si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará, en todo caso, la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno"*. De tal manera que sólo se permite la ejecución por equivalencia si es imposible efectuarla en sus propios términos, sin que, en ningún caso, pueda identificarse imposibilidad de ejecución y negativa del empleador a readmitir al trabajador. De otro lado, para excluir la aplicación de las medidas de presión previstas para la ejecución de los despidos de los representantes de los trabajadores que hubieran optado por la readmisión, no es lícito aludir a la incoercibilidad de las obligaciones de hacer, puesto que si el legislador, consciente del carácter infungible de la obligación de readmitir, las previno en ese caso, igualmente, lo podría haber hecho en el resto. Además, si se parte de la incoercibilidad de dicha obligación, tan incoercible lo es cuando se presenta en los supuestos de ejecución por equivalencia, como en aquellos otros en los que se establece el cumplimiento *in natura*. Quizá, el único argumento admisible sea el de la interpretación sociológica e integradora de la norma.

9. En todo caso, lo importante es que la indicada extensión analógica fue utilizada por la jurisprudencia ordinaria para defender que el TRLPL de 1980 no se extralimitó en su labor de desarrollo del ET desde ese momento en el que, en la práctica, cabía distinguir la nulidad del despido en la que era obligada la readmisión, -es decir, la que afectaba al despido de los representantes legales de los trabajadores y la radical-, y aquella otra en la que tal readmisión no era obligada, -por afectar a los despidos de los trabajadores en los que no concurría la cualidad de representante, o bien por no tener la nulidad el carácter de radical-(54).

2.2 DURANTE LA VIGENCIA DEL TALPL DE 1990

1. Con el propósito de proporcionar una mayor unidad, precisión, complitud y coherencia al precedente cuadro de nulidades del despido disciplinario (55), el art 108.2 TALPL de 1990 enumeró los diversos supuestos de nulidad y los amplió más allá de la regulación contenida en el ET. Así, a la vez que estableció la nulidad de los despidos informales [arts. 108.2.a), b) y c) TALPL y 55.3 ET] (56) y la de los despidos en los que el trabajador tuviera suspendido el contrato de trabajo (art 108.2.e) TALPL y art 55.6 ET], contempló, he aquí la novedad, la nulidad material de aquellos que tuvieran como "*fundamento alguna de las causas de discriminación previstas en la CE y en la ley, o la violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador*" [arto 108.2.d) TALPL de 1990], recibiendo, de este modo, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los despidos radicalmente nulos basados en una lesión constitucional (57).

Por su parte, el art 122.2.c) TALPL de 1990 acogió esta figura de los despidos radicalmente nulos en el campo de las extinciones de los contratos de trabajo basadas en razones objetivas y el art 124 del mismo cuerpo normativo, al igual que el art 113 TRLPL de 1980, declaró la nulidad de los despidos colectivos efectuados sin autorización administrativa.

2. Sin perjuicio de que muchos de los incumplimientos formales llevados a cabo con ocasión de un despido pudieran reconducirse a la violación del derecho de defensa, del derecho a la libertad sindical o del derecho de participación de los trabajadores, y de que la jurisprudencia ordinaria terminara circunscribiendo la nulidad formal a la constitucional y parte de la doctrina mantuviera la posición contraria a la aquí defendida (58), consideramos que la unidad de efectos que el legislador otorgó a todo el conjunto de nulidades que previno no podía interpretarse en el sentido de que el TALPL de 1990 fijara un único supuesto de nulidad: el fundamentado en una lesión de nuestro Texto Constitucional. De no haber sido así, no tendría justificación la mención separada que efectuaba de la nulidad formal y de la material basada, en la suspensión del contrato de trabajo, en una discriminación y/o lesión de un derecho fundamental o una libertad pública del trabajador (art. 108.2). Pensamos que si la norma hubiera deseado convertir en única a la nulidad de base constitucional, hubiera hecho referencia exclusivamente a ella -tal y como sucede en el art 108.2 del vigente TRLPL-. No lo hizo así, por ende, durante su vigencia, sólo cuando concurriera *un* incumplimiento formal o la suspensión del contrato de trabajo con *una* lesión de la CE, había que acudir al apartado d) de su art 108, no al apartado de ese mismo precepto en el que se declaraba la nulidad de que, en principio, se trataba.

3. La Base 39.1 de la LBPL (59) otorgó libertad a los redactores del TALPL de 1990 en orden al establecimiento de los supuestos en los que la ejecución habría de ser *in natura*, al permitirles alterarla, no sólo en relación a los despidos, sino también respecto a otras figuras jurídicas (60). A pesar de ello, el legislador sólo utilizó la normativa ritual para atemperar los resultados de las extinciones contractuales en las que correspondía el derecho de opción al empresario (arts. 275 y ss.), desdoblado los efectos de la calificación de

improcedencia según quien fuera el titular del mismo, y para potenciar el sentido de la nulidad, frente al proceso de degradación al que se había visto sometida con el TRLPL de 1980 (61). Al efecto, estableció dos incidentes de no readmisión, uno que actuaría en el ámbito de la ejecución por equivalencia, y otro que lo haría en el de la ejecución *in natura*(62).

4. En concreto, para la ejecución en sus propios términos creó un sistema calificado de inédito por la doctrina (63). Parte de ella señaló que podía fallar en la efectiva reincorporación del trabajador, pero que no desvirtuaba los efectos de la nulidad, dado que si del art, 55.4 ET se deducía que el despido nulo no producía la extinción del contrato de trabajo, los arts 279 a 282 del TALPL conservaban, reflejaban y apoyaban su vigencia (64), aunque, añadimos, desgraciadamente, sólo fuera desde el punto de vista económico. En este mismo sentido, conforme al art 284 TALPL Y al art 18.2 LOPJ, se destacó que únicamente era posible extinguir el vínculo laboral cuando se acreditara la imposibilidad de readmitir al trabajador por cese o cierre de la empresa y, en todo caso, con derecho a las indemnizaciones y salarios previstos para los despidos improcedentes(65).

5. Pero el nuevo método de ejecución *in natura* también fue criticado, debido a que el art 279.1 TALPL enumeraba una serie de supuestos en los que la sentencia sería ejecutada en sus propios términos.

La doctrina interpretó la dicción de este precepto de manera diversa. Mientras que parte de ella entendió que sólo cabía acudir a la ejecución en sus propios términos en los casos en él expresamente referidos, atribuyéndoles el carácter de "*lista cerrada*"(66); otro sector afirmó que era posible efectuar ejecuciones *in natura* en supuestos que no mencionaba, por lo que los listados tenían el carácter de "*lista abierta* o *ad exemplum* "(67). Tampoco faltó quien, de forma, al menos, calificable de original, defendiera que a los no enumerados se les aplicaría analógicamente el art 235 TALPL, otorgando al juez libertad en orden a determinar el contenido del auto que resolviera el incidente de no readmisión, siempre que lo hiciera con sometimiento a la equidad y valorando las circunstancias del caso (68), a la vez que pudiendo tomar en consideración elementos, tanto de la ejecución *in natura*, como de la ejecución por equivalencia.

Por nuestra parte, si hubiésemos mantenido que lo adecuado a resolver en primer lugar el carácter abierto o cerrado de la lista del art 279.1 TALPL, dejando en un segundo plano el análisis de la reflejada en el art 108.2 del mismo cuerpo normativo y de la construida a raíz de los arts. 53 y 55 ET, nos hubiéramos inclinado por la naturaleza de *numerus apertus* de la primera. En este sentido, cabría traer a colación el art 279,1 TALPL, salvo en su apartado a), aludía a supuestos en los que la declaración de nulidad era la aparejada al despido, de forma que cuando tal declaración fuera la procedente, y al margen de que dicho precepto no contemplara expresamente el caso de, que se tratara, debía acudir por analogía al procedimiento de ejecución *in natura*. A mayor abundamiento, poniendo en relación el art 279.1.a) y el art 275 TALPL, era lícito argumentar que si este último resultaba de aplicación "cuando el empresario hubiera optado por la readmisión ", ello significaba que

lo sería cuando el despido fuera calificado de improcedente, pues era el único supuesto en el que se concedía a la patronal el ejercicio del derecho de opción. Sin embargo, consideramos que el problema no era tanto comprobar si la lista del artº 279.1 TALPL de 1990 era o no cerrada, sino si cabía otorgar la calificación de nulidad a extinciones contractuales para las que ni el ET ni el TALPL la habían previsto (69). En tal dirección actúa el que la fijación del ámbito de los procesos de ejecución debe venir determinada por la declaración de nulidad o improcedencia del despido, ya que, de lo contrario, tales adjetivaciones quedarían vacías de contenido, o, al menos, del contenido que le es propio, actuando al margen del axioma jurídico de que lo relevante a los fines de la ejecución es el pronunciamiento de los títulos ejecutivos (70),

6. Por ello, hemos de comprobar si con el TALPL de 1990 era posible defender la pervivencia de la nulidad de los despidos fraudulentos y abusivos, dado que el legislador ya había consagrado la de los despidos lesivos del principio de no discriminación y/o de los derechos fundamentales y/o libertades públicas del trabajador.

Pues bien, inicialmente, los órganos Judiciales acogieron el fraude Y el abuso del derecho restrictiva mente (71), debido al elevado número de ocasiones en las que se acudía a ellos con el fin de impedir la declaración de improcedencia del despido (72). Más tarde, sustituyen su calificación de radicalmente nulos por la de improcedentes, alegando que el primer calificativo les fue aparejado con anterioridad y para hechos anteriores a la vigencia de la nueva norma adjetiva, y que el mantenimiento de su figura resultaba inconcebible con el artº 108.2 TALPL, ya que éste fijaba de manera cerrada los casos en los que el despido disciplinario podía ser calificado de nulo, sin que cupiera incluir el realizado en fraude de ley en ninguno de ellos (73). En idéntico sentido, señalaron que la Base 21.3.9 enumeraba los contenidos posibles de las sentencias de despido de conformidad con lo dispuesto en las leyes, y si en éstas no se preveían los despidos fraudulentos, debían ser excluidos en aras de la seguridad jurídica. Por su parte, la doctrina también argumentó que el hecho de que el TALPL no recogiera expresamente la nulidad de estos despidos, a diferencia de lo que ocurrió con otras innovaciones de origen jurisprudencial, permitía anunciar su desaparición (74).

Acertadamente, en cambio, la corriente doctrinal mayoritaria defendió la posición contraria. Señaló que pese a la clarificación y mejora que respecto a [a anterior regulación prestaba en este punto el TALPL 1990, se apreciaba una notable insuficiencia en la falta de regulación de los despidos nulos por fraude de ley y por abuso del derecho (arts. 6.4 y 7 del C.C). Pero ello, de acuerdo con una interpretación de una interpretación de las normas que iba más allá de su literalidad (art. 3.1 CC), no debía implicar la desaparición su figura, ya que constituía la aplicación de las reglas generales del derecho común que, al no contradecir expresamente el ordenamiento laboral habían de seguir manteniéndose (75). Más aun, si la justicia se había de realizar en el derecho positivo, no cabía duda de que éste para llegar a ser tal derecho, debía hacerse real creando un orden jurídico que obligara al Juez a acatar la CE, pero también aquellas otras normas que formalmente ordinarias fueran materialmente constitucionales, dentro de las que se ubican las del Título

Preliminar del CC 76) y las encargadas de ordenar a los órganos judiciales rechazar de oficio las peticiones que constituyan abuso de derecho, a la par que reparar aquellas actuaciones de las partes que, al amparo del texto de una norma, persigan un resultado contrario al previsto en las leyes y/o en la CE (art. 75.1 TALPL).

En definitiva, el art 108.2 TALPL de 1990, al igual que los arts. 53 y 55 ET, pese a su aparente pretensión omnicompresiva, no efectuaba una relación cerrada de los supuestos de nulidad del despido que impidiera el juego supletorio del derecho común (77). Si así se mantuvo por la jurisprudencia no fue por razones de fondo, sino fundamentalmente por razones de oportunidad política y de coyuntura económica, que conectaban con los objetivos de reforma del mercado de trabajo y olvidaban que nuestro ordenamiento laboral se integra en un Estado Social de Derecho -inspirado y conformado en atención a principios materiales de justicia e igualdad efectivas-, que exige el establecimiento de mecanismos adecuados para controlar el ejercicio del poder del empresario (78).

8. Consecuentemente, en cuanto derivación del carácter de lista abierta de las nulidades contempladas en la normativa laboral, y dado que la calificación de la extinción del contrato de trabajo es la encargada de determinar el proceso de ejecución, afirmamos que los despidos fraudulentos y abusivos debían cumplimentarse siguiendo los trámites previstos en los arts. 279 y ss. TALPL. Y si ello era así para una figura jurídica creada por la jurisprudencia, con mayor razón habría de serlo en relación a los despidos objetivos y colectivos respecto a los que la ley contemplaba la nulidad.

NATURALEZA. DOBLE CONSIDERACION DE LA EJECUCION POR EQUIVALENCIA: COMO PROCESO Y COMO PROCEDIMIENTO.

1. Precisar la naturaleza de la ejecución judicial por equivalencia de los despidos no es un trabajo sencillo, porque hemos de partir de que contiene una fase declarativa obligada, a la vez que del significado de una serie de términos a los que se encuentra indisolublemente unida.

2. Por ello, antes de exponer nuestra posición al respecto, y dado que sobre ella convergen el resto de las definiciones, creemos oportuno delimitar qué entendemos por "*cuestión incidental*". Para a continuación, hacer lo mismo con los conceptos de "*proceso incidental*", "*procedimiento incidental*" e "*incidente*"(1), en un orden lógico que integra una pirámide en la que la siguiente definición cae en el vacío sin la anterior, debido al variado significado que la doctrina atribuye a cada una de ellas.

1. Cuestiones conceptuales

1. Las "*cuestiones incidentales*" pueden ser entendidas en sentido amplio y en sentido estricto. En el primero de los sentidos indicados, generalmente surgen en los procesos declarativos laborales, en los que son conceptuadas como "*aquell(as) que (aparecen) en un proceso como mero antecedente lógico de su objeto, para ser resuelta(s) por el juzgador en la única sentencia*". En cambio,

las cuestiones incidentales en sentido estricto se aplican en el campo de la ejecución, incluida la del despido, identificándose con *"aquella(s) que se caracteriza(n) por ser un objeto litigioso particular, distinto del principal del pleito, (que) requiere una tramitación autónoma en pieza separada y que, dado su autonomía, exige una resolución específica distinta de la que dirima el objeto principal (art. 238 LRJS), (con el que guarda) una relación inmediata-accesoria .*

De ahí que para que una determinada materia provoque una crisis procesal de carácter objetivo en el proceso de ejecución de los títulos ejecutivos de despido, deba encontrarse conectada a él a través de las notas de: *"articularidad"*, entendida como vinculación accesoria con lo que en ejecución se considera principal, *"intercurrencia"*, en cuanto debe irrumpir inesperadamente en un proceso en marcha, *"prejudicialidad"*, en el sentido amplio de que su solución judicial condicione el curso de la ejecución, V, *"tramitación específica"*, puesto que ha de dar a una resolución judicial independiente de la que resuelva el pleito principal art. 238 LRJS.

2. Tras determinar el concepto de cuestión incidental aplicable en el campo al objeto la solución de una cuestión incidental mientras que el procedimiento incidental se identifica con *"el encadenamiento legal y secuencial de los actos diversos que componen el proceso incidental, de modo que los anteriores justifican los posteriores y éstos derivan de aquéllos"*. El procedimiento es la forma y el proceso el fondo, aquél actúa como continente o molde y el proceso de contenido o fisonomía, aunque, en todo caso, el primero puede encontrarse desconectado del segundo.

Pero, además, ambos se diferencian del incidente, porque éste ha de ser entendido como *"la alteración que se produce en el proceso principal en base al planteamiento de una cuestión incidental"*.

III EJECUCION DE SENTENCIAS DE DESPIDO COLECTIVO: EL ERE

En materia de despido colectivo se han introducido novedades y aquí menciono un ejemplo es la STSJ de la Comunidad Valenciana de fecha 04.11.13 en que se declaró la nulidad del ERE de Radio TV Valenciana.

Seguidamente comentaré una sentencia importante: La declaración de nulidad del Expediente de Regulación de Empleo de la empresa Ferrobérica. Sentencia de 21 de mayo de 2013 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

El fallo de la sentencia declara la nulidad del despido colectivo acordado por la empresa Ferrobérica SLU, con declaración igualmente de responsabilidad solidaria de las empresas codemandadas, y el derecho de los trabajadores afectados por la extinciones contractuales a la reincorporación a su puesto de trabajo.

También, la sentencia aprecia *"falta de legitimación activa y la inadecuación de procedimiento respecto a la pretensión de declarar el despido colectivo no ajustado a derecho por no haber abonado la empresa las indemnizaciones en los despidos individuales sin acreditar la falta de liquidez"*.

La sentencia dictada es consecuencia de la demanda interpuesta en proceso de despido colectivo por el Comité de Empresa, dirigida también contra varias empresas y una persona física como codemandadas, pidiendo la declaración de nulidad de la decisión extintiva, y con carácter subsidiario que se declarara no ajustada a derecho la decisión.

Al tratarse de una extinción por causas objetivas se han planteado, problemas de la principal demandada para abonar las indemnizaciones debidas.

Se pide por la parte actora “la condena conjunta y solidaria a todos los codemandados a abonar a los trabajadores la indemnización legal que corresponda”.

En los hechos probados se expone en primer lugar la legitimación activa y pasiva de las partes demandantes y demandadas. Hay legitimación activa de la demandante ya que se trata de la representación unitaria del personal (art. 124.1 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social), y poniendo de manifiesto la sentencia, que la segunda concurre tanto para todas las empresas codemandadas como también para la persona física.

Se plantea la posible existencia de un grupo laboral de empresas y a todas las relaciones económicas existentes entre todas las sociedades.

Se recoge la existencia de un despido colectivo anterior al que ahora es objeto de litigio jurídico, así como a un acuerdo que incluía otras medidas de flexibilidad interna como la suspensión de contratos de trabajo.

Es justamente durante el período en el que estaban acordadas las primeras extinciones, del 1 de septiembre al 31 de diciembre de 2012, que la empresa presenta un nuevo ERE en fecha 12 de diciembre. Se plantean nuevos despidos y reducción salarial para la plantilla que permanezca en la empresa, siendo importante destacar que de las 80 extinciones aprobadas en el primer ERE sólo se habían hecho efectivas hasta la fecha de presentación del segundo un total de 34, alegándose por la empresa la imposibilidad de hacer frente al pago de las indemnizaciones “por no disponer de tesorería suficiente...” y negarse “las entidades financieras a financiar el coste de la reestructuración”.

La causa económica alegada por la empresa para el segundo ERE es la disminución sustancial de los ingresos con respecto a las previsiones efectuadas seis meses antes.

En los hechos probados se deja debida constancia de la tramitación del período de consultas entre la parte empresarial y la representación del personal, de las diferentes peticiones de documentación adicional por la segunda y las respuestas de la primera, finalizando sin acuerdo y con la decisión empresarial de extinguir 94 contratos el 30 de abril, “comprometiéndose a no proceder a los despidos hasta que no se pagaran las indemnizaciones de los trabajadores”. A los efectos de destacar algunas

referencias contenidas en los hechos probados que después tendrán importancia en la resolución jurídica del litigio, cabe destacar la petición de la parte actora a la empresa de presentación de cuentas consolidadas del grupo y la manifestación de que dos de las empresas codemandadas también debían entregar las cuentas, a los que la principal empresa demandada, Ferrobérica, responde que “no tiene obligación de consolidar cuentas con ninguna otra sociedad y que.... y nada tienen que ver con la actividad de Ferrobérica”.

4. En la los fundamentos de derecho de la sentencia nos lleva en primer lugar a la valoración de la prueba, destacando la referencia en el FD primero a la existencia de confusión de plantillas entre las empresas codemandadas, adquirida a través de la prueba testifical de un trabajador con 41 años de antigüedad en la empresa, de las vidas laborales y del interrogatorio de la persona física codemandada, que a juicio de la Sala son suficientes al amparo de lo dispuesto en los arts. 92 de la LRJS y 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, “amén de que no se ha aportado prueba en contra alguna de contrario con suficiente solvencia para poner en duda lo manifestado por la parte actora”.

A) El examen de las cuestiones litigiosas planteadas por la parte actora lleva a la Sala en primer lugar a responder a la posible no validez de la decisión empresarial por no abonar las indemnizaciones a las que legalmente está obligada por el art. 53.1 de la Ley del Estatuto de los trabajadores, sin haber alegado la falta de liquidez que lo impediría (recuérdese que sobre esta cuestión, pero desde el plano de la reclamación individual hay dos interesantes sentencias de los TSJ de Castilla y León y el País Vasco

Acertado criterio jurídico a mi parecer, la Sala desestima la petición dado que se trata de una cuestión que deberá resolverse, en su caso, por la vía de demandas individuales de los trabajadores cuyo contrato se extinga sin poner la empresa a su disposición la indemnización debida, siendo obligado acudir al art. 124.13 de la LRJS en relación con los arts. 120 a 123 de la misma Ley. No estamos, pues, en presencia de un hipotético conflicto en el que la representación del personal ostente legitimación activa, ni tampoco la ley procesal contempla como causa de nulidad el incumplimiento por parte empresarial de la puesta a disposición de la indemnización.

B) La Sala se detiene con mucha atención, y sin duda es el contenido nuclear de la sentencia, en la determinación de la legitimación pasiva tanto de las empresas codemandadas como de la persona física, y el concepto de grupo de empresas a efectos mercantiles y laborales, y lo hace porque una de las peticiones formuladas por la parte actora en la demanda es la declaración de nulidad porque no se ha seguido la tramitación debida en el ERE porque existe un grupo de empresas con obligación de presentar cuentas consolidadas y también un grupo laboral, por lo que “al no entregarse las cuentas consolidadas ni la contabilidad de ... y ... existiría vicio de nulidad”. La Sala razona con acierto que las peticiones formuladas por la parte actora (no sólo la citada sino también otras expuestas en la demanda) requieren de la delimitación previa de quien tiene legitimación pasiva, es decir “quien sea el empresario real”, ya que

“.. en buena medida predetermina los pronunciamientos de nulidad o desajuste a derecho que se pretenden por la actora”.

A partir de aquí la sentencia analiza las posiciones defendidas por ambas partes, radicalmente opuestas, ya que la demandante entiende que existe tanto un grupo de empresas a efectos mercantiles, con la consiguiente obligación de consolidar cuentas de acuerdo a lo dispuesto en el art. 42 del Código de Comercio y del art. 4.5 del Real Decreto 1483/2012 de 29 de octubre, como un grupo a efectos laborales entre las empresas codemandadas, y además plantea que la persona física codemandada es también responsable solidaria, ya que “es el único, real y auténtico empresario, que domina el conjunto de sociedades, y que ha realizado una serie de movimientos de tesorería... que delatarían una caja única, así como que dichos movimientos habrían supuesto la descapitalización de Ferrobérica...”.

Por la parte demandada se alega justamente lo contrario, negando tanto la existencia de grupo mercantil como de laboral, y la inexistencia de responsabilidad solidaria de la persona física, con inexistencia de requisitos que la jurisprudencia ha establecido para apreciar la concurrencia del segundo y con una actividad empresarial por parte de dos empresas codemandadas que se sitúan fuera de la actividad propia de la principal y que conllevaría la inaplicación del art. 4.5 del RD 1483/2012.

La Sala, a partir de todos los datos recogidos en los hechos probados, concluye que sí existe un grupo tanto a efectos mercantiles como laborales, y que existe igualmente responsabilidad solidaria de la persona física codemandada, con un cuidadoso análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el concepto de “grupo de empresas a efectos laborales” y una mención específica a la primera sentencia dictada por el TS, el 20 de marzo, en materia de ERES aplicando la reforma laboral de 2012. Datos que avalan la existencia del grupo son que existía una dirección unitaria, en cuanto que la persona física codemandada era el administrador único de la totalidad de sociedades mercantiles españolas, y que respecto de las tres extranjeras que aparecen en la demanda “firma las cuentas anuales como apoderado y es socio único...”; así mismo, la confusión de plantillas que queda acreditada por el trasvase de trabajadores entre las distintas empresas, y también la confusión patrimonial o unidad de caja, poniendo de manifiesto que dos de las mercantiles demandadas carecían de actividad real conocida, y que una de ellas “tiene la propiedad de la casa y el chalet que son de uso familiar” de la persona física codemandada.

Respecto a la responsabilidad solidaria de dicha persona física se constata por la Sala que es “el auténtico y real empresario”, tras un cuidadoso estudio de la teoría jurisprudencial del “levantamiento del velo” y los necesarios indicios para proceder a ello, que son entre otros “la confusión de patrimonios, la infracapitalización, el fraude, la persona jurídica ficticia y la conclusión de contratos entre la persona física y su sociedad”, concluyendo tras el estudio de los créditos participativos concedidos por Ferrobérica a dos empresas codemandadas, “dos meras sociedades de tenencia de bienes que no realizan

actividad empresarial alguna”, que en realidad tras los mismos se ocultaba una remuneración a la persona física “o beneficios desviados formalmente a través de créditos”, y que además, los créditos concedidos por Ferrobérica a esta persona física, socio y administrador de la misma, avalan la tesis de que realmente existía “una clara confusión de patrimonios e infracapitalización de Ferrobérica..”. Una vez fijada la legitimación pasiva de las demandadas, es cuando la Sala entra en el examen de otras causas de nulidad alegadas en la demanda, siendo en primer lugar analizada la de fraude de ley y abuso de derecho, por el hecho de que teniendo la posibilidad la empresa de extinguir 80 contratos según el primer ERE aprobado, sólo haga uso de dicha posibilidad de extinción para 34 trabajadores y desista de dicho ERE para presentar uno nuevo, y además teniendo asimismo la posibilidad de suspender contratos por un período de 250 días naturales. Nuevamente las tesis de las dos partes son radicalmente contrarias, ya que la demandante entiende que el fraude de ley existe porque aquello que realmente pretende la empresa es reducir el coste de las indemnizaciones a abonar si se aprueba el nuevo ERE, mientras que la demandada principal alega las nuevas circunstancias económicas para justificar la necesidad de proceder al segundo ERE, en síntesis sus múltiples dificultades para poder proceder al pago de las indemnizaciones debidas, y de ahí que crea oportuno dejar decaer el primer ERE para presentar un segundo en el que plantea nuevas propuestas, tanto de extinción de contratos como medidas de flexibilidad interna más adecuadas a la nueva situación.

La Sala entiende contraria a derecho la actuación empresarial poniendo el acento en la existencia de un acuerdo negocial que vincula a las partes con arreglo a la teoría general de las obligaciones contractuales y cuya alteración, ex art 1256 del Código Civil, no puede dejarse a la libre voluntad de una sola de las partes. Bien es cierto que la empresa que la empresa alega la existencia de un importante deterioro de sus cuentas que llevarían a la necesidad de este nuevo ERE, pero la Sala, en una sentencia que como pueden comprobar utiliza un cuidada argumentación de naturaleza mercantil y civil además de la propiamente laboral, otorga preferencia al cumplimiento de los pactos, “pacta sunt servanda” frente a la alteración sobrevenida de las condiciones contractuales, “rebus sic stantibus”, en cuanto que el “importante deterioro”, unos 100.000 euros en seis meses, no podría considerarse como algo “imprevisible o extraordinario” a la luz de los datos disponibles seis meses antes y la previsión de la evolución económica en ese período, trayendo a colación la Sala, en defensa de su argumentación, la jurisprudencia del TS sobre dicha cláusula, para cuya aplicación por los tribunales se requiere “alteración completamente extraordinaria de las circunstancias existentes en el momento de celebración del contrato, desproporción inusitada o exorbitante entre las prestaciones de los contratantes, y todo ello debido a circunstancias sobrevenidas y radicalmente imprevisibles”.

Es este el contenido de la sentencia que puede ser más sometido a debate, dado que es la valoración de los hechos concretos del caso los que llevan a la Sala a defender la tesis de inaplicación, siendo así que será necesario entrar en los avatares de cada situación concreta en cada litigio concreto para valorar la posibilidad de presentar un nuevo ERE cuando aún no ha finalizado la vigencia del anterior, posibilidad que ya se ha planteado ante otros TSJ y la

Audiencia Nacional, y es que es valorada de forma extraordinariamente restrictiva, recordando la Sala con buen criterio a mi parecer la doctrina del TS, en sentencia de 9 de febrero de 2010, de que el acuerdo negociado de extinción de contratos no es en puridad un convenio colectivo, pero sí es un producto de la negociación colectiva, “un acuerdo extintivo que... debe suponer una aplicación más que restrictiva de dicha cláusula (Rebus Sic Stantibus), puesto que el principio y regla general es que su cumplimiento no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, pues tiene fuerza de ley entre las partes contratantes”.

La existencia de un fraude de ley conlleva la nulidad del despido, aun cuando no se recoja de forma expresa en el art. 124.11 de la LRJS tras la modificación operada por la Ley 3/2012, siendo así que sí se recogía en el art. 124.9 de la citada Ley tras la modificación por el Real Decreto-Ley 3/2012. Ciertamente, sería poco coherente con la teoría general de los contratos negar que la existencia de un fraude de ley, o bien un abuso de derecho o coacción, no significara la nulidad de la decisión empresarial, y creo que es desde este planteamiento como debería argumentarse la decisión, a mi parecer correcta, adoptada por la Sala, siendo más débil el argumento de que las diferencias entre la redacción de los preceptos antes citados en el RDL 3/2012 y la Ley 3/2012 deba interpretarse “como un olvido del legislador”, y no quiero decir con ello que no existiera el olvido (las reformas laborales motorizadas o de Formula 1 tienen muchos errores y olvidos, y lo estamos viendo en numerosas ocasiones), pero creo que la argumentación podría ser más sólida por otra vía.

D) Último, pero no menos importante: la Sala debe pronunciarse sobre la alegación de nulidad por incumplimiento del deber de aportación de la documentación a que está obligada la empresa en el período de consultas, y la falta de buena fe negociada, argumentándose la primera porque hubiera sido obligatorio disponer de la información económica del grupo a efectos laborales, y la segunda porque el fraude existente en la conducta empresarial, al que me he referido en el apartado anterior, vicia completamente la negociación.

Dada la existencia, a juicio de la Sala, de un grupo de empresas tanto a efectos mercantiles como laborales, se concluye con una nueva vulneración de la normativa por la parte principal demandada, poniendo especial énfasis aquella en la vulneración de los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores, con cita de varias sentencias de los TSJ, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio de 1998 sobre despidos colectivos, además de las también obligadas referencias al art. 51 de la LET, art. 4.5 del RD 1483/2012 y art. 42 del Cco, en cuanto que la no disposición de la información correcta “impediría así de forma esencial una negociación colectiva encaminada a evitar o reducir los efectos del despido..”, concluyendo la Sala que los representantes han de disponer de la información necesaria para poder negociar de forma constructiva y formular sus propuestas, y la situación económica de un grupo es distinta de la de cada una de las empresas que lo integran, “por cuanto que el ámbito de la causa económica en caso de grupo mercantil, conforme al art. 4.5 RD 1483/2012, es el ámbito del grupo, de lo contrario carecería de sentido la obligación de aportar las cuentas consolidadas del grupo”.

Por fin, sobre la ejecución de la sentencia, cabe decir a mi parecer que los trabajadores deben solicitar su reincorporación a la empresa para la que prestaban sus servicios, y que la responsabilidad solidaria implica que todas las empresas codemandadas arrastrarán las consecuencias de un hipotético incumplimiento de dicha obligación.

Surgirá nuevamente el debate sobre la naturaleza declarativa o ejecutiva de las sentencias dictadas por los TSJ y la AN, con las indudables consecuencias según que sea directamente ejecutable o que requiera de una acción individual posterior en sede judicial para reclamara su derecho a la readmisión, siendo así que el mantenimiento de la tesis del carácter declarativo implicaría, no privar pero sí limitar el alcance efectivo de la resolución judicial.

Esta es la duda que también tiene un letrado de la parte demandante, quien alerta: si pese a la sentencia de nulidad, los trabajadores podrán reincorporarse o no al trabajo. "Es la pregunta del millón.

Con la Reforma Laboral no se sabe si las sentencias del TSJC se pueden o no ejecutar".

COMO EJECUTAR UNA SENTENCIA DICTADA EN PROCESO DE DESPIDO COLECTIVO

Un caso reciente es el Auto reciente de ejecución provisional de la empresa Coca Cola, dictada por la Audiencia Nacional en fecha 20 de noviembre de 2014.

La ejecutabilidad de las Sentencias de despido colectivo. Auto ejecución provisional de COCA COLA. Alegaciones de las partes y respuestas de la Sala.

Se plantean una serie de preguntas en torno a dicho Auto:

1.- Hay una imposibilidad de ejecución de la sentencia de despido alegada por la representación de la empresa en torno a dicho Auto

La parte demandada, es decir la representación procesal de las empresas ha alegado que el artículo 124.11 de la Ley de la Jurisdicción Social, para el caso del despido colectivo nulo, la sentencia se limita a "declarar el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo" y por tanto la Ley solamente contempla una declaración judicial y no un pronunciamiento de condena que imponga a la parte una obligación de dar, hacer o no hacer, por lo que no sería ejecutable.

Para que la ejecución provisional fuese posible es preciso que la sentencia, si fuese firme, pudiese ser objeto de ejecución definitiva, puesto que no cabe pensar en la ejecución provisional de una sentencia si ésta, adquirida firmeza,

no fuese susceptible de ejecución definitiva. Ese obstáculo a la ejecución provisional no existe, puesto que la sentencia sobre la que versa este procedimiento, dictada en procedimiento de despido colectivo, es, como a continuación veremos, susceptible de ejecución definitiva.

¿Puede ejecutarse definitivamente una sentencia de Despido colectivo?

Sí. Atendiendo a la dicción completa de los apartados 2 y 3 del artículo 123 de la Ley de la Jurisdicción Social. El número 2 de dicho artículo establece: "2. Cuando se declare improcedente o nula la decisión extintiva, se condenará al empresario en los términos previstos para el despido disciplinario, sin que los salarios de tramitación puedan deducirse de los correspondientes al periodo de preaviso".

Esta norma a su vez conduce al artículo 113, relativa al despido disciplinario, que dispone: "Si el despido fuera declarado nulo se condenará a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir. La sentencia será ejecutada de forma provisional en los términos establecidos por el artículo 297, tanto si fuera recurrida por el empresario como si lo fuera por el trabajador".

Se aprecia con ello que tras la reforma operada con la Ley 3/2012 las sentencias que se dicten declarando la nulidad del despido colectivo tienen los efectos condenatorios previstos en la norma que se acaba de indicar, asimilándose expresamente, por este juego de remisiones, a las sentencias dictadas en los litigios de despido individuales en los que el despido sea declarado nulo.

Si, pese a ello, cupiera todavía alguna duda sobre la posibilidad de ejecución definitiva de las sentencias firmes que declaren la nulidad del despido colectivo, ha de añadirse que por el Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, se modificó el artículo 247.2 de la Ley de la Jurisdicción Social, que inicialmente no contemplaba la ejecución de las sentencias de despido colectivo, para incluir dentro de las previsiones del citado artículo 247 la ejecución de las sentencias de despido colectivo "en los que la decisión empresarial colectiva haya sido declarada nula".

En este sentido ha de destacarse que las dos resoluciones de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo que han citado en la comparecencia las empresas ejecutadas y en las que basan su oposición a la ejecución provisional se refieren a supuestos de hecho distintos, que convierte su doctrina en inaplicable a este caso. En concreto: el auto de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2013 (recurso de queja 8/2013) y lo mismo ocurre con la sentencia de la Sala Cuarta de 28 de enero de 2014 (casación 16/2013), por cuanto aquellas resoluciones no constituyen referentes válidos para resolver este supuesto, dado que, aquí si estamos ante una sentencia de condena, susceptible de ejecución definitiva, lo que no ocurría en esos otros casos dado que eran anteriores a la entrada en vigor de la Ley 3/2012

¿Es posible la ejecución provisional de las sentencias de despido colectivo para el caso de que la sentencia recaída en la instancia no sea firme todavía, por haber sido recurrida en casación ante el Tribunal Supremo?

Sí. Es criterio de la Sala de lo social de la AN de que esas sentencias son susceptibles de ejecución provisional, como ya se anticipó en la sentencia de 12 de junio de 2014 al fundamentar la exigencia de consignación o aval del importe de la condena como requisito para la tramitación del recurso de casación.

Históricamente la ley procesal laboral, con el objetivo de impedir que la tramitación de los procesos y en concreto el acceso al recurso, hicieran ineficaz el derecho dicho en instancia, ha venido condicionando la fase de recurso al aseguramiento de la condena a través de un doble mecanismo: la consignación (hoy así lo establece el artículo 230.1 de la Ley de la Jurisdicción Social para todo recurso de suplicación o casación) y la ejecución provisional (hoy en los términos del Título II del Libro IV de la Ley de la Jurisdicción Social).

Paralelamente la actual Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, introduce con carácter general el principio de ejecución provisional de las sentencias, de suerte que, una vez dictada y sin esperar a su firmeza, la resolución que pone fin al proceso puede ser ejecutada (artículo 526 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Hay que tener en cuenta que la Ley de Enjuiciamiento Civil opera como subsidiaria en este ámbito respecto de la ley jurisdiccional social.

La Ley de la Jurisdicción Social, por tanto, no contiene una regulación sistemática y completa de la ejecución provisional de las sentencias, sino que se limita a establecer normas concretas y especiales para determinados supuestos y procedimientos, fuera de los cuales hay que acudir a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pero el criterio legal, al menos cuando la sentencia contenga un pronunciamiento de condena en favor de trabajadores o beneficiarios de la Seguridad Social, es el de la ejecutividad provisional de la sentencia. Este mismo criterio es el que rige en la Ley de Enjuiciamiento Civil a la cual se remite la ley social.

Sería contrario a la lógica legal, que garantiza la ejecución provisional de toda sentencia con pronunciamiento de condena en favor de los trabajadores, el que, a falta de previsión expresa que contemple otra solución distinta, las sentencias que declaren la nulidad de un despido colectivo y conlleven la condena a la readmisión y al abono de los salarios de tramitación, queden privadas de la ejecución provisional, máxime si tenemos en cuenta que los despidos individuales vinculados al despido colectivo quedan condicionados por el resultado de éste, según prevé el artículo 124.13 b) de la Ley de la Jurisdicción Social, debiendo suspenderse los procesos y esperar a la firmeza de la sentencia recaída en el procedimiento de despido colectivo.

No se adivinan motivos por los cuales pueda interpretarse que, mientras que la sentencia condenatoria en un despido individual dictada por un Juzgado pueda ser objeto de ejecución provisional, no pueda serlo la sentencia de idénticos efectos y alcance, pero de naturaleza colectiva, en el procedimiento del artículo

124 de la Ley de la Jurisdicción Social, cuyo fallo, en caso de nulidad, no es distinto del previsto para el del despido individual, puesto que, según se ha visto, el citado artículo 124 se remite a las normas reguladoras del fallo del despido nulo en el pleito individual de despido, lo que lleva finalmente al artículo 113, en el cual además se hace expresa mención y referencia a la ejecución provisional, con remisión al artículo 297. Por ello escaparía a toda lógica hermenéutica que se tutelara el despido individual con el mecanismo de la ejecución provisional y así no se hiciera con los despidos colectivos de mayor relevancia social por razón de su plural afectación.

Por otra parte no puede admitirse que el procedimiento correcto para garantizar los derechos de los trabajadores sea la petición de medidas cautelares en los Juzgados de lo Social, ni tampoco que sea obstáculo a la ejecución provisional el que algunos trabajadores hayan presentado demandas de despido cuya tramitación está suspendida en los Juzgados de lo Social y, en dicho proceso, hayan pedido medidas cautelares que les han sido denegadas.

En primer lugar porque dicho extremo no consta probado.

En segundo lugar porque, según se alega, la medida cautelar no ha sido acordada, sino denegada, de manera que no se produce duplicidad alguna, debiendo recordarse que, existiendo ya sentencia declarando nulo el despido colectivo, lo que procede es la ejecución provisional y no una medida cautelar, que incluso debiera seralzada si se hubiese acordado y fuese coincidente (artículo 731.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En tercer lugar porque conforme al artículo 124.13.b.1a de la ley jurisdiccional social la demanda individual de despido ha de presentarse y tramitarse una vez firme la sentencia dictada en el procedimiento de impugnación del despido colectivo, comenzando entonces a correr el plazo de caducidad y, por consiguiente, en muchos casos no existirán ni siquiera procesos individuales de despido (ni siquiera suspendidos en su tramitación), en el marco de los cuales se pueda reclamar la adopción de una medida cautelar.

Aún cuando la adopción de ésta pueda solicitarse antes de la interposición de la demanda, ello obligarla a que dicha demanda se presentase en el plazo de veinte días previsto en el artículo 730.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , lo que resulta absurdo cuando la Ley prevé actualmente que el plazo de presentación de la demanda individual de despido ha de ser posterior a la firmeza de la sentencia recaída en el proceso de impugnación colectiva.

En último lugar porque, si incluso de forma hipotética ello constituyese un obstáculo para la ejecución provisional, solamente afectarla a los concretos trabajadores que solicitaron aquellas medidas cautelares, que no constan identificados para comprobar si coinciden con aquéllos que han autorizado su inclusión bajo el ámbito de la ejecución provisional.

Por consiguiente la Sala considera que, bajo criterios interpretativos normales y usuales y al amparo de la propia literalidad de las leyes, procede la

ejecución provisional de las sentencias de despido colectivo cuando éste es declarado nulo, en la medida en que en tal caso, tras las reformas legales antes referidas, estamos ante sentencias cuyo fallo incorpora un pronunciamiento de condena susceptible de ejecución definitiva si llega a ser firme, como aquí sucede.

¿Cuál es el procedimiento de ejecución aplicable, el previsto por la Ley de Enjuiciamiento Civil, por remisión del artículo 305 de la Ley de la Jurisdicción Social, o bien el procedimiento de ejecución provisional de las sentencias de despido nulo regulado en los artículos 297 y siguientes de la citada Ley?

La Sala de lo social de la AN se inclina por la aplicación de las normas específicamente previstas en la Ley para la ejecución provisional de las sentencias de despido nulo y no de las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Cuando el título II del Libro IV de la Ley de la Jurisdicción Social regula la ejecución provisional de las sentencias, en su capítulo II regula la ejecución de las sentencias de despido y no existe motivo alguno para excluir la ejecución provisional de las sentencias en procedimientos de despido colectivo, que siguen igual razón y no aparecen excluidas de su ámbito de manera expresa.

Muy al contrario, como hemos visto, el artículo 124.11 de la Ley de la Jurisdicción Social hace expresa remisión al artículo 123.2, el cual se remite a su vez al 113, donde se nos habla de la ejecución de las sentencias de despido nulo y se contempla a su vez la ejecución provisional, remitiéndose al artículo 297 de la Ley jurisdiccional.

Esta conclusión ha de completarse atendiendo a la previsión del artículo 304.1 de la Ley de la Jurisdicción Social, que, como norma general sobre la ejecución provisional, nos dice que "la ejecución provisional de resoluciones judiciales se despachará y llevará a cabo por el juzgado o tribunal que haya dictado, en su caso, la resolución a ejecutar y las partes dispondrán de los mismos derechos y facultades procesales que en la ejecución definitiva".

Esta remisión a las normas sobre la ejecución definitiva ha de servir como pauta para la ejecución provisional (que no es otra cosa que un anticipo de aquella y difícilmente puede sobrepasar sus límites propios) y en este caso nos lleva hasta el artículo 247.2 de la Ley de la Jurisdicción Social, lo que significa:

a) Que están legitimados para pedir la ejecución los representantes legales o sindicales de los trabajadores, pero no los trabajadores individuales, incluso agrupados, si bien debe considerarse como sujeto legitimado en cuanto representante legal de los trabajadores la comisión ad hoc del artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores que intervino en el periodo de consultas.

b) Que la ejecución ha de pedirse en favor de trabajadores concretos e identificados, debiendo acreditarse por el órgano de representación legal o sindical de los trabajadores que cuenta con autorización individual de cada uno de aquellos trabajadores para los que pida la ejecución. La autorización debe documentarse ante cualquier órgano judicial o de mediación o conciliación social o ante la persona expresamente autorizada por el propio sindicato u

órgano de representación unitaria, haciendo constar ésta bajo su responsabilidad la autenticidad de la firma del trabajador en la autorización efectuada en su presencia y acompañando los documentos de acreditación oportunos. Si se trata de un sindicato y en relación con sus afiliados, la autorización se puede acreditar en la forma establecida en el artículo 20 de la Ley de la Jurisdicción Social.

c) Los trabajadores que, pudiendo resultar beneficiados por la sentencia, no quieran autorizar a un órgano representativo, en la forma antes indicada, para que ejercite en su favor la acción ejecutiva en el proceso de ejecución colectivo, pueden, si lo estiman oportuno, formularla individualmente a través del proceso declarativo que corresponda, que en este caso sería el procedimiento de despido, para lo cual habrán de esperar a la firmeza de la sentencia del despido colectivo, lo que implica necesariamente una renuncia a la ejecución provisional.

Una vez instada de esta manera la ejecución provisional, habrán de aplicarse, para cada uno de los trabajadores a las que va referida, las previsiones de los artículos 297 y siguientes del Código Civil, que regulan la ejecución provisional de las sentencias de despido y, en concreto, las previsiones propias de la ejecución provisional de las sentencias que declaran la nulidad de un despido. Insistimos en la remisión que hace el artículo 124 de la Ley de la Jurisdicción Social, cuando el fallo declara nulo el despido colectivo, al fallo que es propio de las sentencias que declaran nulo un despido en un procedimiento individual, que han de servir como referencia tanto para la ejecución definitiva como para la provisional, como claramente refleja el artículo 113.

En este marco, dado que la sentencia de despido colectivo, a diferencia de lo que ocurre con las sentencias de despido individual, no incluye entre su contenido fáctico el salario de los trabajadores despedidos, habrán de seguirse los trámites, si fuera necesario, del artículo 247.1 de la Ley de la Jurisdicción Social para precisar el salario de cada trabajador, requiriendo a la parte ejecutada su cuantificación individualizada y dando traslado a la parte ejecutante para que manifieste su conformidad o disconformidad o, si no se proporcionase dicha cuantificación o no existiese conformidad con la misma, resolver la Sala lo que proceda tras la práctica de las actuaciones oportunas.

¿Cuál sería el contenido de la ejecución provisional de una sentencia de despido con opción a readmisión?

La ejecución provisional de una sentencia de despido nulo o improcedente con opción por la readmisión tiene dos contenidos:

a) El primero es la readmisión en el puesto de trabajo, salvo que exista manifestación expresa del empresario optando por no reincorporar al trabajador. Si, no habiéndose expresado opción expresa, el empresario no procediese a la reincorporación, habrá de entenderse producida una opción tácita contra la misma, debiendo declararse expresamente por el órgano

judicial (si así se solicita, conforme al artículo 298 de la Ley de la Jurisdicción Social), ante el incumplimiento empresarial, la exención del trabajador de su obligación de prestar servicios durante la tramitación del recurso.

Ahora bien, en relación con el primer contenido (readmisión en el puesto de trabajo), se hace preciso que estas empresas manifiesten su opción entre recibir la prestación de servicios de los trabajadores durante la tramitación del recurso, en sus respectivos centros de trabajo y con las ocupaciones previas al despido, o hacer el abono de los salarios sin exigir la prestación de servicios. A tales efectos se debe conceder a las empresas ejecutadas un plazo razonable para manifestar su opción, de manera que si no lo hiciesen habría de exonerarse a los trabajadores de dicha prestación durante el periodo de tramitación del recurso.

b) El segundo es de índole económica, de manera que el trabajador tiene derecho, en todo caso (salvo incumplimiento injustificado por su parte de su obligación de reincorporación), a percibir el salario desde la sentencia que declara la nulidad y durante la tramitación del recurso.

La falta de abono determinaría la ejecución forzosa de la deuda en el trámite de ejecución provisional. En este caso, despejada la oposición a la ejecución provisional, está claro que, en virtud del segundo contenido citado, las empresas ejecutadas en todo caso están obligadas solidariamente a satisfacer a los trabajadores a los que se refiere esta ejecución la misma retribución que venían percibiendo con anterioridad a producirse su despido. Por ello deberá seguirse la ejecución en la parte económica, cuantificando la deuda individual resultante en favor de cada uno de los trabajadores por el procedimiento previsto en el artículo 247 de la Ley de la Jurisdicción Social.

La ejecución provisional de la sentencia de despido es siempre una ejecución dineraria, puesto que la falta de readmisión trae como consecuencia la exención del trabajador de su obligación de prestar servicios durante la tramitación del recurso. Por consiguiente no sería nunca de aplicación el plazo del artículo 282.2 y el plazo para la cuantificación de la deuda de manera individualizada, por la remisión del artículo 304.1, ha de ser el previsto en el artículo 247.

¿Cuáles serían los trabajadores afectados por ésta ejecución provisional?

El ámbito de la ejecución no es otro que el del conjunto de los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido por la empresa en virtud del despido colectivo adoptado por la misma y anulado por la sentencia de esta Sala de 12 de junio de 2014 .

En esa sentencia la Sala estableció (fundamento noveno) que el primero de los criterios de selección de los trabajadores afectados era la voluntariedad para acogerse a las medidas de extinción indemnizada o de prejubilación. Y, como lógica consecuencia, también dijimos que la voluntariedad, en cuanto criterio de selección, no ha de confundirse con la extinción del contrato por mutuo disenso

del artículo 49.1.a del Estatuto de los Trabajadores , ni con la extinción por voluntad del trabajador del artículo 49.1.d. La causa de la extinción contractual sigue siendo el despido colectivo, puesto que la manifestación de disponibilidad del trabajador (sometida además a aceptación por parte de la empresa) no es sino un criterio de selección de los trabajadores afectados. Como consecuencia ha de decirse que los trabajadores que se adscribieron voluntariamente, en base a dicho criterio de selección, al ámbito de afectación del despido colectivo, aunque lo hicieran acompañados de unas determinadas indemnizaciones mejoradas o un acceso a situación de jubilación anticipada, precedida o no de desempleo, no dejan de ser trabajadores despedidos en el marco del despido colectivo que se ha declarado nulo y, por tanto, incluidos dentro del ámbito de la ejecución del fallo de la sentencia que declara esa nulidad.

Cuestión distinta es que, como hemos visto, para que se pueda ejecutar, provisional o definitivamente, la sentencia de la Sala, es preciso que se solicite por un sujeto colectivo, sin que sea posible extender la ejecución a trabajadores que no hayan conferido autorización para ello a ese sujeto colectivo. Aunque el fallo de la sentencia que declara la nulidad de un despido colectivo afecta potencialmente a todos los trabajadores despedidos, la concreta afectación de cada uno en el proceso de ejecución de la misma requiere de su consentimiento individual.

El trabajador individual tiene garantizado por el artículo 247 de la Ley de la Jurisdicción Social, en relación con el artículo 124.13 de la misma Ley, el derecho a no integrarse en la ejecución colectiva y reservarse su acción individual de despido, que podrá ejercitar o no, al igual que, cuando el trabajador es objeto de cualquier despido o extinción del contrato de trabajo por cualquier causa, puede o no ejercitar la acción individual de despido y, salvo supuestos de fraude, desde la reforma introducida por el Real Decreto-ley 5/2002, la falta de ejercicio de la misma no impide el acceso a las prestaciones por desempleo.

Por tanto, dentro del conjunto de trabajadores cuya relación laboral se ha extinguido en virtud del despido colectivo, la presente ejecución provisional solamente afecta a aquéllos para los cuales se pide por los sujetos colectivos ejecutantes (UGT y CCOO), siempre bajo la condición de que acrediten su autorización para ello. Estos se encuentran relacionados nominativamente en los hechos probados de este auto.

¿Es exigible caución para la ejecución provisional?

La Ley de la Jurisdicción Social, al regular la ejecución provisional, ninguna previsión contiene sobre la exigencia de cauciones para la efectividad de la ejecución provisional. No parece que esa omisión constituya una laguna, puesto que en la Ley la ejecución provisional se contempla en favor de los trabajadores y beneficiarios de la Seguridad Social, como se ha visto, y la norma general es la inexigibilidad de cauciones para los mismos, como expresamente se dice en materia de medidas cautelares por su artículo 79.1

("Los trabajadores y beneficiarios de prestaciones de Seguridad Social y los sindicatos, en cuanto ostentan la representación colectiva de sus intereses, así como las asociaciones representativas de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, estarán exentos de la prestación de cauciones, garantías e indemnizaciones relacionadas con las medidas cautelares que pudieran acordarse").

En todo caso, aunque hipotéticamente se entendiese que en el marco del artículo 305 y a la vista de la remisión genérica a la Ley de Enjuiciamiento Civil que allí se hace, son aplicables las cauciones en los términos de la misma, ha de recordarse que no estamos dentro del artículo 305 propiamente, sino del 297, donde no se exige caución.

Ha de observarse cómo en la legislación procesal civil (artículo 526) la norma general es la no exigencia de caución para la ejecución provisional y solamente se prevé, para el caso del ejecutante, en el caso concreto del artículo 529.3 (que es el alegado por las empresas ejecutadas), en el marco de la ejecución no dineraria, cuando resultase imposible o de extrema dificultad, atendida la naturaleza de las actuaciones ejecutivas, restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o compensar económicamente al ejecutado mediante el resarcimiento de los daños y perjuicios que se le causaren, si la sentencia ejecutada provisionalmente fuese revocada.

En tal caso la prestación de caución no aparece en la Ley como obligatoria. Pero esta norma carece de todo sentido y lógica en el marco de la ejecución provisional de las sentencias de despido nulo, puesto que la única obligación de la empresa en la ejecución provisional es de naturaleza dineraria y consiste en el abono de salarios durante la tramitación del recurso. Tal abono no precisa de caución o garantía alguna, puesto que lo así abonado no ha de ser reintegrado por los trabajadores en caso de revocación de la sentencia de instancia.

El artículo 300 de la Ley de la Jurisdicción Social nos dice que "si la sentencia favorable al trabajador fuere revocada en todo o en parte, éste no vendrá obligado al reintegro de los salarios percibidos durante el periodo de ejecución provisional y conservará el derecho a que se le abonen los devengados durante la tramitación del recurso y que no hubiere aún percibido en la fecha de la firmeza de la sentencia." Reintegro que no procede incluso si el empresario hubiese optado por no recibir la prestación de servicios laborales durante la tramitación del recurso (habiendo desaparecido ya hace muchos años el derecho del empresario en tal supuesto al reintegro por parte del Estado que contemplaba el artículo 227 de la antigua Ley de Procedimiento Laboral aprobada por Real Decreto Legislativo 1568/1980).

Por otra parte la readmisión y reanudación de la actividad productiva no es obligatoria, sino que es una mera facultad de la empresa que se va a ver obligada al pago de dichos salarios, con objeto de compensar tal pago con la contraprestación de servicios laborales. Pero desde el momento en que cabe renunciar a tal contraprestación y no existe obligación para la empresa de

reanudar la actividad laboral (razón por la cual no es objeto del presente auto toda la discusión relativa a la posibilidad de dicha reanudación o al desmantelamiento de las instalaciones productivas, como antes se dijo), no cabe ejecutar en sede provisional una readmisión forzosa y por ello no existe una obligación de hacer que pueda justificar, en el marco de los artículos 528 y 529 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la exigencia de una caución como condicionante de la ejecución provisional.

En relación con los salarios del tiempo de ejecución provisional ¿Cabe el abono de los intereses de demora del 10% previstos en el artículo 29 del Estatuto de los Trabajadores?

No. Los citados intereses son aplicables al salario en cuanto contraprestación del trabajo en el marco sinalagmático del contrato, pero el pago del salario de tramitación del recurso en el contexto de la ejecución provisional no tiene como causa legal el contrato de trabajo, sino que se trata de una obligación procesal ex lege, con régimen propio y autonomía respecto del contrato de trabajo.

El despido es constitutivo y extingue el contrato de trabajo, según el régimen especial de autotutela empresarial propio del contrato de trabajo y que exime al empresario de acudir a la vía judicial para obtener la resolución del mismo, como sería exigible con carácter general en el Derecho Civil.

La ejecución provisional de la sentencia de despido es, en cierta forma, una compensación del carácter constitutivo del despido, al dar efectividad a la sentencia que anula el despido y obliga a la readmisión pese a estar recurrida. Pero, a diferencia de lo que hoy prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se trata de una ejecución de igual extensión a la definitiva, sino que en el ámbito laboral es una ejecución incompleta. El contrato de trabajo no se reanuda por la ejecución provisional, sino que tal reanudación no se producirá hasta que se llega a la ejecución definitiva con la readmisión.

En el tiempo de la ejecución provisional lo que existe es un régimen de obligaciones legales para las partes del proceso, como son las de abono de los salarios de trámite del recurso y, para el trabajador, la de prestar su trabajo ordinario si es requerido para ello por el empresario. Por ello a esos salarios de trámite de ejecución provisional no pueden aplicarse sin más las previsiones del artículo 29 del Estatuto de los Trabajadores, como se pretende.

Excluida la aplicación de dicha norma laboral, entra en juego el artículo 1108 del Código Civil, que nos dice que cuando la obligación consista en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurra en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal. A su vez el artículo 1100 del Código Civil exige, para que exista mora, que exista una obligación exigible y que, además, el acreedor exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento.

En el caso de las sentencias que declaran la nulidad de un despido colectivo por el procedimiento del artículo 124 de la Ley de la Jurisdicción Social no existe una obligación del empresario análoga a la prevista en el artículo 278 para la ejecución "motu proprio" de las sentencias firmes de despido individual, de manera que éste, sin necesidad de esperar a la solicitud del trabajador, haya de fijar una fecha para la readmisión, comenzando por tanto la ejecución voluntaria sin necesidad de solicitud de la parte que tiene a su favor la sentencia recurrida.

El artículo 247 de la Ley jurisdiccional social habilita únicamente a los órganos sindicales o unitarios de representación colectiva para pedir la ejecución, debiendo contar con la autorización de los trabajadores para los que se pide la misma. Por lo que es necesaria una doble concurrencia de voluntades, del órgano colectivo y del trabajador individual. Hasta que ambas voluntades no se manifiestan de manera concurrente no nace para el empresario la obligación de ejecutar la sentencia de despido colectivo y referida solamente a esos trabajadores y no al conjunto de los trabajadores incluidos en el despido colectivo.

Por tanto hasta que no es solicitada colectivamente (judicial o extrajudicialmente) la ejecución, identificando los trabajadores individuales a los que se refiere la solicitud y acreditando la autorización de los mismos para ello, no aparece para la empresa la obligación de ejecutar el fallo de la sentencia.

En el presente supuesto, no constando una solicitud previa extrajudicial, hemos de tomar como referencia la fecha en la que el empresario tuvo conocimiento de la solicitud de ejecución provisional en sede judicial. Ahora bien, tratándose de ejecución provisional y siendo el contenido de la obligación de la empresa el pago de unas determinadas cantidades que exigen de una previa individualización y cálculo para cada uno de los trabajadores para los que se reclama la ejecución, la Ley claramente establece un periodo de referencia para la cuantificación individualizada de la deuda, que es de un mes.

El interés comenzará por ello a correr una vez transcurrido dicho mes que, computado de fecha a fecha. Desde esa fecha han de correr los intereses sobre las cantidades debidas.

En cuanto a los intereses procesales del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (a los que se remite el artículo 251 de la Ley de la Jurisdicción Social y a los que hace referencia también el artículo 247.1.e de la misma Ley), los mismos se devengan desde la sentencia de instancia, pese a su recurso, de manera que compensan el retraso en el pago desde que se dictó aquella primera sentencia, cubriendo con ello el periodo de ejecución provisional e interrumpiéndose su devengo cuando se produce el pago, incluso si el mismo se realiza durante la ejecución provisional. Pero, obviamente, solamente procede su pago respecto de las cantidades objeto de la condena contenida en el fallo, cantidades que, por definición, no pueden incluir las correspondientes a un periodo posterior a dicho fallo, como son los salarios de trámite del recurso por mor de la ejecución provisional en esta modalidad especial de despido.

Para que nazcan intereses procesales del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es necesario que vayan referidos a una obligación de pago contenido en la parte dispositiva de una sentencia o resolución judicial. De esta manera los intereses procesales derivados de las cantidades a cuyo pago se obliga en la parte dispositiva del presente auto nacerán ex lege y sin necesidad de declaración expresa a partir de la fecha de este auto y en los términos del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y demás normas aplicables, incluido artículo 239.3, de la Ley de la Jurisdicción Social.

¿Tienen los trabajadores identificados en la ejecución provisional derecho a acceder a su centro de trabajo y ejercer su función representativa aún cuando la empresa les libere de la prestación efectiva de servicios?.

En relación con esta materia la norma aplicable es el artículo 302 de la Ley de la Jurisdicción Social, que dispone: "Cuando el despido o la decisión extintiva hubiera afectado a un representante legal de los trabajadores o a un representante sindical y la sentencia declarara la nulidad o improcedencia del despido, con opción, en este último caso por la readmisión, el órgano judicial deberá adoptar, en los términos previstos en el párrafo c) del artículo 284 las medidas oportunas a fin de garantizar el ejercicio de sus funciones representativas durante la sustanciación del correspondiente recurso".

Por otra parte el artículo 284.c contempla como medida de ejecución que el delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical continúe desarrollando, en el seno de la empresa, las funciones y actividades propias de su cargo, advirtiendo al empresario que, de impedir u oponer algún obstáculo a dicho ejercicio, se pondrán los hechos en conocimiento de la autoridad laboral a los efectos de sancionar su conducta de acuerdo con lo que dispone el Texto Refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, aprobada por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

En consecuencia, durante el periodo de ejecución provisional los delegados de personal, miembros de comités de empresa o delegados sindicales despedidos pueden desarrollar sus funciones como tales y, en relación con los trabajadores despedidos, éstos, lógicamente, también han de ser mantenidos en el disfrute de sus derechos sindicales y de participación. Por tanto es obvio que debe serles permitido desarrollar su función representativa, como se pide y en este sentido debe hacerse la advertencia a las empresas ejecutadas en los términos del artículo 284.c de la Ley de la Jurisdicción Social en relación con los representantes legales de los trabajadores que identifica la parte ejecutante, sin que respecto a tal identificación se haya manifestado oposición por la ejecutada.

Ahora bien, en cuanto al acceso al centro de trabajo, la medida procede mientras se mantenga actividad propia de la empresa en dichos centros y desarrollada con sus propios trabajadores, y ello aunque no sea productiva, sino de desmontaje y desmantelamiento de los mismos, con objeto de que los representantes de los trabajadores se puedan comunicar con sus representados allí presentes. Una vez producido el cierre de tales centros y el cese de su actividad, el ejercicio de las funciones representativas no requerirá

de dicho acceso, puesto que al no existir trabajadores desempeñando servicios en su interior no se justifica cuál sería el objeto lícito del mismo. Cuestión distinta es que se pidieran otras medidas concretas para garantizar, en tal situación, los derechos de información y de reunión en los términos de los artículos 64 ó 77 a 81 del Estatuto de los Trabajadores, lo que debería justificarse en concreto y sobre lo cual ahora no cabe resolver nada.

¿Ante la falta del cumplimiento de la ejecución provisional por la empresa cabe apreciar temeridad o imposición de costas?

La Sala no aprecia temeridad alguna. En este contexto es imposible apreciar una temeridad cuando se sostienen interpretaciones razonables de las normas, aunque no sean compartidas por la Sala, máxime cuando la propia interpretación de la propia Sala habrá de ser validada o corregida, en su caso, por el Tribunal Supremo. Un problema de ejecución provisional como el que aquí se suscita y que en el ámbito del despido individual puede en gran parte estar resuelto por doctrina previa, plantea numerosas incógnitas interpretativas para las partes y para los órganos judiciales al llegar al ámbito del despido colectivo.

La imposición de costas a la parte ejecutada, como en el caso de la ejecución definitiva, costas que se imponen de oficio por el órgano judicial, sin necesidad de solicitud de la parte ejecutante. Dichas costas han de imponerse a la parte ejecutada que deja de cumplir sus obligaciones dimanantes de la sentencia de manera voluntaria, obligando a la parte ejecutante a solicitar la tutela judicial y siguen un criterio objetivo, lo que determina la irrelevancia a esos efectos de la apreciación o no de la temeridad.

En el ámbito social la imposición de las costas de la ejecución está expresamente prevista en la ejecución definitiva (artículos 239, 247, 251, 268 y 269 de la Ley de la Jurisdicción Social), no aplicándose el plazo civil de espera para la ejecución, pero excluyéndose de costas el caso (artículo 239.3 de la Ley) en el que la parte ejecutada cumpliera en su integridad la obligación exigida contenida en el título (incluido en el caso de ejecución dineraria el abono de los intereses procesales si procedieran), dentro del plazo de los veinte días siguientes a la fecha de firmeza de la sentencia o resolución judicial ejecutable o desde que el título haya quedado constituido o, en su caso, desde que la obligación declarada en el título ejecutivo fuese exigible.

Entiende esta Sala, que si procede la imposición de costas en la ejecución provisional con arreglo a un criterio objetivo basado en la falta de cumplimiento voluntario, pero que, siendo aplicables las garantías de la ejecución definitiva (artículo 304.1 de la Ley de la Jurisdicción Social), tal imposición de costas tiene, por una parte, los límites del artículo 239.3 de la Ley de la Jurisdicción citados y, por otra, en el caso de las ejecuciones colectivas del artículo 247, la letra e del número 1, se excluye expresamente la imposición de costas el supuesto en el que se produzca avenencia entre las partes en el trámite de individualización, probablemente como forma de promover tal avenencia. Por

tanto las costas habrán de imponerse a la parte ejecutada, según un criterio objetivo, solamente si, al no producirse avenencia en dicho trámite, la ejecución provisional hubiera de continuar en todo o en parte.

Reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto a la declaración de nulidad en materia de ERE:

Una sentencia del T.S. relativamente reciente es de fecha 26.03.14 del despido colectivo de Telemadrid.

El TS se pronuncia en esta sentencia declarando la nulidad por motivos de fondo y de forma.

III. EJECUCION DE SENTENCIAS EN MATERIA DE CONFLICTO COLECTIVO

Desde el 11.12.11, las sentencias recaídas en procesos de conflictos colectivos estimatorios de condena y susceptibles de ejecución individual, pueden ser objeto de ejecución definitiva, con las especialidades siguientes:

Una de las novedades más importantes en materia de ejecución es la ejecución de sentencias de conflicto colectivo.

La primera duda que se plantea es si para su ejecución, se requiere que haya obtenido firmeza, teniendo en cuenta que conforme al artículo 160.4 LRJS, la sentencia dictada en proceso de conflicto colectivo será ejecutiva desde el momento en que se dicte, no obstante el recurso que pueda interponerse, previsiones que se reiteran en el artículo 303LRJS.

A mayor abundamiento, la sentencia colectiva susceptible de ser ejecutada por la vía del artículo 247LRJS, necesita, en los términos del artículo 160.3 al que seremite el 247.1, contener la concreción de datos, características y requisitos precisos para una posterior individualización de los afectados por el objeto del conflicto y beneficiados por la condena y especificar la repercusión directa sobre los mismos del pronunciamiento dictado, así como contener la declaración de que la condena ha de surtir efectos no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente.

Es preciso haber solicitado en la demanda que se declare en la sentencia que sus pronunciamientos son susceptibles de ejecución individual, artículo 157.1LRJS

Estas previsiones legales han suscitados problemas interpretativos.

Ello se debe a que dicha concreción e individualización de los derechos reconocidos en una sentencia dictada en proceso de conflicto colectivo debía llevarse a cabo necesariamente mediante nuevos procesos respecto de los que

la sentencia colectiva producía efectos de cosa juzgada positiva o prejudicial, en los términos del artículo 222.4 LEC.

La posibilidad de transacción en la ejecución

Es una de las novedades más trascendentes, pues es una de las pocas cuestiones a las que, en materia de ejecución, se alude en el Preámbulo de la LRJS.

El antiguo artículo 245 de la LPL prohibía la transacción o renuncia de los derechos reconocidos por sentencias favorables al trabajador.

La vigente LRJS, en su artículo 246.1, prohíbe únicamente, la renuncia de los derechos reconocidos por sentencias favorables al trabajador, sin perjuicio, de la posibilidad de transacción dentro de los límites legalmente establecidos.

La transacción deberá formalizarse mediante convenio, suscrito por todas las partes afectadas en la ejecución y sometido a homologación judicial para su validez, debiendo ser notificado (ejecuciones por salarios o indemnizaciones derivadas de la extinción del contrato de trabajo) al Fondo de Garantía Salarial.

El órgano jurisdiccional homologará el convenio mediante Auto, velando por el necesario equilibrio de las prestaciones y la igualdad entre las partes, salvo que el acuerdo sea constitutivo de lesión grave para alguna de las partes o para terceros, de fraude de ley o de abuso de derecho, o contrario al interés público, o afecte a materias que se encuentren fuera del poder de disposición de las partes.

El convenio podrá consistir en el aplazamiento o en la reducción de la deuda, o en ambas cosas a la vez (espera, quita o quita y espera), entendiéndose que el incumplimiento de alguno de los plazos o de las obligaciones parciales acordadas determina el fin del aplazamiento o el vencimiento de la totalidad de la obligación.

El convenio podrá consistir, en la especificación, en la novación objetiva o subjetiva o en la sustitución por otra equivalente de la obligación contenida en alguna cosa o de dar cosa distinta del dinero por su equivalente dinerario), en la determinación del modo de cumplimiento, en especial del pago efectivo de las deudas dinerarias, en la constitución de las garantías adicionales que procedan y, en general, en cuantos pactos lícitos puedan establecer las partes

IV EJECUCIONES ESPECIALES EN MATERIA DE DESPIDO::

Ejecución de sentencias de despido de trabajadores en situación irregular..

Se está haciendo referencia a trabajadores extranjeros que se encuentran en situación irregular al no tener permiso de residencia y de trabajo o lo tenían y se le ha caducado o no renovado.

En caso de despido y que no sea imputable al trabajador, no procede la opción del artículo 56 del ET entre readmisión e indemnización.

El trabajador debe ser indemnizado no siendo posible su readmisión.

Ejecución de sentencias de readmisión por despido nulo de trabajadores temporales y su viabilidad.

Se ha planteado la pregunta de si es posible que un trabajador con un contrato temporal y es despedido sea readmitido.

Si el contrato está celebrado en fraude de ley o vulnerando los derechos fundamentales del trabajador, el despido se declarara nulo, con derecho a la readmisión, sea cual sea el tipo de contrato suscrito.

Por tanto, si es viable la ejecución que declare la readmisión de un trabajador despedido con un contrato temporal.

IV. EJECUCION DE SENTENCIAS FIRMES DE DESPIDO.

La readmisión del trabajador y el pago de los salarios devengados

Cuando el empresario haya optado por la readmisión deberá comunicar por escrito al trabajador dentro de los diez días siguientes a aquel en que se le notifique la sentencia, la fecha de su reincorporación al trabajo, para efectuarla en un plazo no inferior a los tres días siguientes al de la recepción del escrito. En este caso, serán de cuenta del empresario los salarios devengados desde la fecha de notificación de la sentencia que por primera vez declare la improcedencia hasta aquella en la que tenga lugar la readmisión, salvo que, por causa imputable al trabajador, no se hubiera podido realizar en el plazo señalado, artículo 278 LRJS.

El TS, en su sentencia de fecha 23 de noviembre de 1998 declaró que “es lógico que la iniciativa que se otorga al empresario para “restituir” al trabajador a su puesto de trabajo tenga una duración limitada en el tiempo, ya que en caso contrario, se prolongaría el acto ilícito del despido improcedente, en perjuicio de los derechos del trabajador.

Esta obligación de hacer, impuesta al empresario, a quien se confiere la facultad de cumplimiento voluntario, viene sometida legalmente a un doble condicionamiento: el primero de carácter formal, consistente en comunicar por escrito al trabajador la fecha de su reincorporación al trabajo, para efectuarla en un plazo no inferior a los tres días siguientes a la recepción del escrito y el segundo, de carácter temporal, en cuanto la comunicación debe hacerse dentro de los diez días siguientes a aquel en que se notifique la sentencia.

El incumplimiento de la readmisión abre la vía del artículo 279.1ºb) de la LRJS de ejecución forzosa a instancia del trabajador, dentro de los veinte días siguientes a aquel en que expire el de los diez días a que se refiere el artículo

anterior. Si se inicia fuera de estos plazos el trabajador perderá los salarios de tramitación “entre el último de cada uno de los plazos señalados y aquel en que se solicite la ejecución del fallo, sin perjuicio de la prescripción de la acción por el transcurso de tres meses desde la firmeza de la sentencia, en este sentido STS 15 de marzo de 2004.

Igualmente la STS de 23 de julio de 2008 “la readmisión se condiciona por la Ley al cumplimiento de unos requisitos, cuyo desconocimiento determina se considere incumplido el mandato de la sentencia o que la readmisión se califique de irregular, lo que producirá a su vez, el efecto que para el incumplimiento del mandato de readmisión establece el artículo 281.2LRJS, la extinción del contrato de trabajo con abono de la indemnización legal, calculada al día de la declaración extintiva, más los salarios de tramitación devengados, con una posible indemnización adicional de carácter punitivo.

La sanción del incumplimiento empresarial se convierte en una ejecución imitada por equivalente económico, con sustitución de la obligación de readmisión impuesta por la sentencia por el abono de una indemnización en el importe legal, que tampoco responde a una evaluación de daños y perjuicios reales derivados de la no readmisión. Se trata de una sanción imperfecta en la medida en que no impone la nulidad de la conducta empresarial de resistencia a la orden judicial ni la ejecución forzosa de ésta, como ocurre en los despidos con protección superior artículo 280LRJS, en los que la condena a la readmisión se establece de forma más enérgica.

Plazos de prescripción para solicitar la ejecución del fallo cuando el empresario no procede a la readmisión.

Hemos visto que en virtud del art 279LRJS, el trabajador podrá solicitar la ejecución forzosa ante el Juzgado de lo Social:

- a) Dentro de los veinte días siguientes a la fecha señalada para proceder a la readmisión, cuando ésta no se hubiese efectuado.
- b) Dentro de los veinte días siguientes a aquel en el que expire el de los diez días siguientes a la notificación de la sentencia, cuando no se hubiera señalado fecha para reanudar la prestación laboral.
- c) Dentro de los veinte días siguientes a la fecha en la que la readmisión tuvo lugar, cuando ésta se considerase irregular.

Sin perjuicio de que no se devenguen los salarios correspondientes a los días transcurridos entre el último día de cada uno de los plazos señalados en las letras a) b) y c) y aquel en que se solicite la ejecución del fallo, la acción para instar esta última habrá de ejercitarse dentro de los tres meses siguientes a la firmeza de la sentencia.

Todos los plazos son de prescripción.

La TSJ de Cantabria de 21 de diciembre de 2006 declara que “La Ley pone un plazo general de prescripción para instar la ejecución de sentencias firmes de despido, art 243 y otro prescriptivo diferente para poder instar en dichos procesos el denominado incidente de no readmisión del art 280”.

.Así mismo, expone que la ley fija dos tipos de plazo un plazo corto y otro largo. El plazo corto es el de veinte días que se cuentan desde el incumplimiento del empresario:

A partir de la fecha señalada para proceder a la readmisión, si no se hubiese efectuado.

A partir de la expiración del plazo de diez días si no se ha señalado fecha para la reincorporación.

A partir de la readmisión, cuando esta se considere irregular(en este caso el plazo se inicia a partir de la readmisión, no de “ su irregularidad que puede ser posterior”.

El plazo largo es de tres meses desde la firmeza de la sentencia.

Las consecuencias son diversas:

Si sobrepasado el plazo corto, pero todavía dentro del largo, se insta la ejecución se perderán los salarios correspondientes a los días transcurridos desde el fin del mismo y aquél en el que se solicite la ejecución.

Si se sobrepasa el plazo largo encontramos la prescripción o imposibilidad de instar el incidente de no readmisión.

VII. DEBATE DE LA SITUACION CONCURSAL Y SU INCIDENCIA EN MATERIA DE EJECUCION.

La Ley 38/2011, de 10 de octubre de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal

Es de destacar la general incompatibilidad entre el proceso concursal y ejecuciones judiciales sociales o apremios administrativos coétaneos.

No cabe iniciar ejecuciones singulares ni seguir apremios administrativos, una vez declarado el concurso.

Las actuaciones que se encuentren en tramitación, quedan en suspenso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda a los respectivos créditos.

El artículo 8.3 de la Ley Concursal declara la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso sobre toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que lo hubiere ordenado.

Una interpretación extensiva de dicho precepto llevaría a entender que declarado el concurso todo procedimiento ejecutivo quedaría fuera del ámbito competencial de la jurisdicción social, determinando la inaplicación de los artículos 295 a 300 para la ejecución provisional y de los artículos 276 a 284 para la ejecución de sentencias firmes.

Se genera la duda sobre el procedimiento adecuado para instar, dentro del concurso, la ejecución de las resoluciones dictadas en procesos por despidos. En este mismo sentido, las actas de conciliación acordadas como consecuencia del despido. El artículo 55.1 de la Ley Concursal, manifiesta que,

declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales.

En una interpretación favorable al principio de conservación de la competencia del juez social como juez natural de los conflictos laborales. Ello, respecto de la ejecución de sentencias firmes tendentes a la sustitución de la obligación de readmitir por una condena pecuniaria, si bien, una vez dictado el auto resolutorio de la relación laboral su ejecución quedaría fuera de las atribuciones del juez de lo social, tampoco habría problema para la conservación de su competencia en materia de ejecución provisional ya que durante la misma no se adopta ninguna medida que afecte a los bienes o derechos patrimoniales.

El problema principal lo encontramos, dice Orellana Cano, N (31) en mantener la competencia del juez social respecto de la ejecución de sentencias encaminadas a su cumplimiento en sus propios términos. Ello se debe a que ante la falta de cumplimiento por el empresario condenado a la obligación de readmisión que le ha sido impuesta, no puede sustituirse sin más por una ejecución dineraria, prebeyendo el legislador medidas tendentes al fiel

73

cumplimiento de la obligación para disuadir al empresario de su conducta rebelde al cumplimiento de lo ordenado.

Estas medidas comportan la afección de bienes y derechos de contenido patrimonial, respecto de las que la Ley Concursal adopta dentro del propio concurso.

Ante ello, el juez habrá de suplir las lagunas del legislador y en cumplimiento de su obligación de juzgar y ejecutar lo juzgado, resolviendo en base al sistema de fuentes establecido, tendrá que realizar una tarea integradora del ordenamiento jurídico que permita hacer frente a la cuestión judicial planteada, ya que sin ello quebraría el principio de tutela judicial efectiva garantizado por constitución.

La excepcional posibilidad de una ejecución social separada: El artículo 55.1.II de la Ley Concursal.

El artículo 55.1.II, permite continuar “los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieren embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto del embargo, no resultan necesarios para la continuidad profesional o empresarial del deudor”

Por regla general, el embargo de bienes en la jurisdicción social es un acto posterior al despacho de ejecución (sin perjuicio de los casos en que el auto por el que se despacha la ejecución contenga el embargo de bienes determinados). No siendo clara la redacción, para que se declare la competencia del juez de lo social deben cumplirse unos requisitos:

Que el juez de lo social haya despachado ejecución antes de la declaración de concurso.

Que se hayan embargado bienes del concursado.

Los bienes objeto del embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional.

La noción de “necesidad” es abstracta y deberá concretarse en cada caso.

La duda más importante que se plantea y ha sido objeto de debate, es si declarado el concurso, cabe practicar nuevos embargos, sea porque el ya realizado es insuficiente, sea porque el bien trabajo es “necesario” y debe quedar libre.

El artículo 24 de la Ley Concursal que regula la publicidad registral del concurso, declara en su apartado 4º que, si el deudor tuviere bienes o derechos inscritos en registros públicos, se anotará preventivamente en el folio correspondiente a cada uno de ellos la intervención, o en su caso, la suspensión de las facultades de administración y disposición, con expresión de su fecha, así como el nombramiento de administradores concursales.

Practicada la anotación preventiva, no podrán anotarse respecto de aquellos bienes o derechos más embargos posteriores a la declaración del concurso que los acordados por el juez de éste, salvo lo establecido en el apartado 1º del artículo 55 de la LC, que se refiere a las ejecuciones despachadas antes de la declaración del concurso que siguen su trámite.

Se plantea la cuestión de si esta excepción que atenúa los efectos del cierre registral, si va referida a embargos acordados y practicados con posterioridad a la declaración del concurso o sólo alcanza a embargos anteriores.

Hay que estar a la fecha de entrada en vigor de la LC.

En el régimen concursal la regulación de las afectaciones colectivas de los trabajadores se recoge en el artículo 64 de la Ley Concursal, modificado por Ley Concursal 38/2011, de 10 de octubre que modifica la anterior Ley 22/2003 Concursal.

En el régimen de liquidación, la reforma de la Ley Concursal producida por la Ley 38/2011, recoge un nuevo apartado en el artículo 149.1.2º al disponer las reglas supletorias en caso de liquidación y dice: ” En el caso de que las operaciones de liquidación supongan la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos y la suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, se estará a lo dispuesto en el artículo 64”.

El artículo 64 se refiere a expedientes que equivalen a los que se tramitan en los despidos colectivos del artículo 51 del E.T.

LA EJECUCION LABORAL EN EL AMBITO INTERNACIONAL

Las Directivas de la Union Europea establecen un marco común de protección que los países miembros deben adaptar a sus respectivas legislaciones. Ello exige de cada Juez y Tribunal español el conocimiento del mismo y una interpretación desu contenido de conformidad con la propia normativa comunitaria, conocido como interpretación conforme.

Esta interpretación alcanza a la interpretación del derecho nacional como consecuencia del principio de primacia, en este sentido, la STJCE de 26 de 2000, Asunto Engelbrecht que expone “El órgano jurisdiccional nacional debe aplicar íntegramente el Derecho comunitario y proteger los derechos que éste concede a los particulares, así como abstenerse de aplicar, en su caso, cualquier disposición en la medida en que tal aplicación conduzca a un resultado contrario al derecho comunitario”.

LA DIRECTIVA 98/59/CE DEL CONSEJO DE 20 DE JULIO DE 1998 RELATIVA A LA APROXIMACION DE LAS LEGISLACIONES DE LOS ESTADOS MIEMBROS QUE SE REFIEREN A LOS DESPIDOS COLECTIVOS.

La Directiva define los despidos colectivos como “aquellos efectuados por el empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, cuando el número de despidos producidos sea, según la elección efectuada por los Estados miembros” un porcentaje concreto en relación a un tiempo acotado también en concreto.

Este marco no es aplicable a trabajadores de las administraciones públicas, en este sentido STS de 30 de abril de 2007 y de 20 de junio de 2007 o de instituciones de derecho público trabajadores sujetos en el marco de contratos de duración determinada, y salvo que tengan lugar antes de la finalización o el cumplimiento de los mismos.

La directiva determina la necesidad de consultas con los representantes de los trabajadores, en este sentido STJCE de 18 de enero de 2007 que declara” la directiva tiene por objeto establecer una protección mínima en materia de información y consulta de los trabajadores en caso de despidos colectivos”, siendo característico de dichas constltas y, ello no se recoge en nuestro derecho hasta la reforma del RD 3/2012, que las mismas deben contemplar medidas sociales para evitar o reducir los despidos y ayuda a la readaptación o reconversión de los trabajadores despedidos. El RD 3/2012 de medidas urgentes de reforma laboral afecta al artículo 51.2º del ET, al incluir por primera vez el contenido de dicha Directiva.

Esta Directiva fue aplicada por el TS en Sentencia de fecha 18 de marzo de 2009, siendo ponente el Magistrado Jordi Agustí Julia, resolviendo la cuestión sobre el criterio para el cómputo del número de trabajadores afectados, a efectos de determinar la dimensión colectiva del despido.

El reconocimiento de procedimientos extranjeros de insolvencia se encuentra regulado en el capítulo III del Título IX relativo a las normas de Derecho Internacional Privado contenido en nuestra Ley Concursal, sin perjuicio de los procedimientos de insolvencia.

LA DIRECTIVA 2001/23/CE DEL CONSEJO DE 12 DE MARZO DE 2001 SOBRE MANTENIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES EN CASO DE TRASPASO DE EMPRESAS, DE CENTROS DE ACTIVIDAD O PARTES DE EMPRESAS.

Para que la Directiva sea aplicable, la transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable, cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada.

Es de destacar el Auto de la Sala Cuarta del TJCE de 26 de mayo de 2005 (asunto C-297/03) que dice que un organismo estatal que cede un centro de actividad no puede invocar la obligación del trabajador para imponerle, en caso de cesión, la continuidad de su relación laboral con el cesionario.

LA DIRECTIVA 2008/94/CE DEL PARLAMENTO Y DEL CONSEJO DE 22 DE OCTUBRE DE 2008 RELATIVA A LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES ASALARIADOS EN CASO DE INSOLVENCIA DEL EMPRESARIO.

La citada Directiva tiene por objeto garantizar el pago de los salarios de los trabajadores en caso de que el empresario se encuentre en situación de insolvencia, obligando a los Estados a establecer instituciones de garantía y establecer las modalidades en supuestos transfronterizos.

La Directiva distingue tres bloques:

Instituciones de Garantía, obligando a los estados miembros a regular instituciones de garantía que aseguren el pago de los créditos impagados a los trabajadores que resulten de sus contratos de trabajo.

Seguridad Social, adopción de las medidas necesarias para garantizar las cotizaciones obligatorias adeudadas por el empresario a sus instituciones de seguros antes de la insolvencia, en virtud de regímenes complementarios de previsión profesional independientemente de los regímenes de seguridad social nacionales.

Situaciones transfronterizas, regula en este sentido la institución responsable de garantizar dichos derechos en supuestos transfronterizos partiendo que lo será el estado en cuyo territorio los trabajadores ejerzan habitualmente su

trabajo. Para lo cual, la legalidad de ese Estado deberá adecuar su normativa para el supuesto de que la insolvencia sea declarada en otro Estado.

REGLAMENTO (CE) 1346/2000 DEL CONSEJO DE 29 DE MAYO SOBRE PROCEDIMIENTO DE INSOLVENCIA.

El Reglamento de insolvencia comunitario pretende aplicar reglas uniformes para evitar el desplazamiento de haberes y procedimientos judiciales de un país a otro de la Comunidad.

El artículo 10 recoge una referencia a los contratos de trabajo diciendo "Los efectos del procedimiento de insolvencia sobre el contrato de trabajo y sobre la relación laboral se regularán exclusivamente por la Ley del Estado miembro aplicable al contrato de trabajo".

No puede hablarse de un derecho concursal comunitario.

Hay una normativa de insolvencia para armonizar los diferentes procedimientos de los diferentes países comunitarios

LA INMUNIDAD RELATIVA DE EJECUCION SOBRE UN ESTADO EXTRANJERO.

En la ejecución de las sentencias dictadas en procesos por despido, es posible la adopción de medidas de afectación del patrimonio de Estados extranjeros. Por ello, conviene tener presente la doctrina del TC sobre inmunidad de ejecución de los bienes de Estados extranjeros.

Las sentencias de 1 de julio de 1992 y 27 de octubre de 1994, afirmaron la inmunidad de los Estados extranjeros en cuanto a la traba y embargo de sus bienes no es absoluta, sosteniendo que el juzgador debe a estos efectos distinguir entre bienes destinados de iure imperii y bienes destinados a actividades iure gestionis, de forma que a la hora de dar cumplimiento a lo juzgado será contrario al derecho a la tutela judicial efectiva una resolución dictada en fase ejecutiva que decida la imposibilidad de ejecución sin previamente haber razonado si, con arreglo a esta distinción, la ejecución solicitada era realizable.

Por tanto, cuando en una determinada actividad o cuando en la afectación de determinados bienes no esté empeñada la soberanía del Estado extranjero, tanto el ordenamiento internacional como, por remisión, el ordenamiento interno, desautorizan que se inejecute una sentencia.

CONCLUSIONES

Iniciada la Tesis al amparo de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, Ley de Procedimiento Laboral, ha sido finalizada con la reforma por Ley 36/2011, de 10 de octubre, Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

En materia de ejecución de sentencias que ha sido estudiada y en concreto la ejecución laboral, ha sufrido una serie de modificaciones, tanto en la LEC como en la LRJS, llegando a un avance importante.

1.- Así, respecto a los despidos, se suprimen los salarios de tramitación y se rebajan considerablemente las indemnizaciones (días por años de servicio) ello con su incidencia en la fase de ejecución.

Con ello se ha modificado el artículo 110.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social LRJS, por el RDL 3/2012 y por Ley 3/2012 como uno de los pilares esenciales de la reforma laboral de 2012 en íntima conexión con el artículo 56 del ET.

El efecto esencial es que, en caso de improcedencia no hay salarios de tramitación, sino es que el empresario opta por la readmisión. Así mismo, en el caso del despido declarado nulo existe la obligatoriedad de readmisión, con abono de los salarios dejados de percibir hasta que la readmisión tenga lugar.

Por ello se ha planteado si es supresión o un carácter condicionado de los mismos, con efecto disuario de la readmisión.

Esta supresión, porque así lo considero, que ha sido a todas luces un abuso en evidente perjuicio de los trabajadores.

En este orden de cosas se ha flexibilizado mucho los requisitos para que las empresas pudieran proceder a despidos objetivos alegando causas económicas, productivas y organizativas. Ello ha conllevado a una avalancha de demandas por despido objetivo en los juzgados de lo social.

Así mismo, la figura del Expediente de Regulación de Empleo (ERE) ha cobrado auge, dictándose recientemente sentencias tanto por el TS como por la Audiencia Nacional declarando su nulidad.

2.- Respecto a la reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial por Ley 13/2009, de 3 de noviembre, destacamos el papel actualmente relevante del Secretario Judicial y su actuación mediante la figura del Decreto.

Considero positiva esta reforma, permitiendo que el Secretario Judicial como impulsor y fedatario garantista del proceso realice sus funciones, siendo éstas reconocidas por Ley.

Se dota de una agilidad y eficiencia el proceso, a todas luces necesario.

3.- Se regula por primera vez la posibilidad de transacción en la ejecución, con las necesarias cautelas para asegurar la efectividad de lo juzgado.

Es una novedad trascendente, siendo una cuestión de la que en materia de ejecución se hace mención en el Preámbulo de la LRJS.

Se mantiene la prohibición a la renuncia de derechos reconocidos por sentencias favorables a los trabajadores, sin perjuicio, de la posibilidad de transacción dentro de los límites legalmente establecidos.

Entiendo que es positivo para el trabajador, pudiendo transaccionar y obtener un beneficio más favorable.

4.- El relevante papel que toma el Fondo de Garantía Salarial en la fase ejecutiva.

Se refuerza la figura del Fogasa otorgándole poderes procesales necesarios para cumplir su función de tutela del interés público, potenciando a este mismo fin la colaboración activa con los órganos judiciales del orden social.

Es importante la colaboración entre organismos, así como el mantenimiento de la integridad de la institución de tutela.

5.- En los procesos de despido se integra la posibilidad -hasta la entrada en vigor de la LRJS se preveía para sanciones inferiores- de autorizar una medida sancionadora alternativa, para favorecer la reanudación de la relación frente a la indemnización compensatoria de la pérdida del puesto de trabajo.

Mi posición es que es favorable poder tener una alternativa sancionadora frente al despido que es la "última ratio", y por ello deben suavizarse, muchas veces los efectos sancionadores a la vez que sirven de advertencia al trabajador infractor para un futuro.

6.- Considero muy positivo en materia de ejecución, la extensión de los efectos de las sentencias en materia de conflicto colectivo, reforzando la eficacia real de las sentencias recaídas en este tipo de procesos, con eficacia general de la nulidad o validez de normas convencionales, para comprender la ejecución individualizada de los pronunciamientos susceptibles de tal determinación, con legitimación de los sujetos colectivos, incluso en procesos de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de efectos colectivos u otras prácticas empresariales de posible desagregación en actuaciones individuales.

7.- Así mismo se va clarificando la figura del concurso en su incidencia en la ejecución laboral, sin embargo ha supuesto una revolución en el ámbito judicial al no estar claras las competencias de los jueces de lo mercantil y de lo social. La discusión en torno a la figura del concurso empresarial en el contexto de despidos colectivos y también .cuando se produce un despido colectivo después de la declaración de concurso.

Considero que afectando a los derechos laborales de los trabajadores debería haber correspondido su conocimiento a los juzgados de lo social.

La regulación como se viene planteando no me parece muy adecuada, existiendo todavía lagunas en cuanto a la competencia de un juzgado u otro.

BIBLIOGRAFIA

(26) ALONSO OLEA "Derecho Procesal del Trabajo, 5º ed Civitas.Madrid.2010

(10) ANDINO AXPE:"Principio de justicia gratuita y aspectos procesales en el derecho laboral. Actualidad Laboral nº 38.

Oposición a la ejecución. El orden jurisdiccional social y la nueva LEC en el procedimiento laboral. Aranzadi Navarra.2011 págs 517-519.

BLASCO PELLICER, A.y GOERLICH PESET, J.M y Otros. "La reforma del proceso laboral. La nueva LRJS". Tirant Lo Blanch 2012.

BORRAS GARCIA, M. -GARCIA PERROTE ESCARTIN, I.-REYES, J": Despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada un año después de la reforma laboral" Thomson 2013.

(13)CARRERAS, J:" Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil Revista para el www.indret.com análisis del Derecho. 2002

(8)CHIOVENDA , J:" :Principios de derecho procesal civil". Tomos 1 y 2. Ed Reus.

"Instituciones de derecho procesal civil" en trad de Gómez Orbaneja. Madrid. Valleta Ed 2005.

(14)CRUZ VILLALON, J. "La ejecución provisional en el proceso laboral" Aranzadi 1999,(14).

"La ejecución laboral" Ed Bosch 2003.

"La ejecución provisional en el orden social tras la nueva LEC" Tirant Lo Blanch, 204.

12)ESCUADERO MORATALLA, F. "La conciliación en el ámbito laboral". ed Bosch 2010.

(13) FENECH NAVARRO,M:" El procedimiento civil".Ed autor editor3.

(3) GABALDON LOPEZ, J:"La ejecución de sentencias administrativas", 1999.

GARCIA PERROTE ESCARTIN- MERCADER UGUINA:"La aplicación práctica de la reforma laboral". Lex Nova

(1)GOMEZ ORBANEJA:" Derecho y Proceso".1ª ed. Civitas ed, 2009.

(24)GONZALEZ GONZALEZ, A. “El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales. Lex Nova 2012.

(5) GUASP, J. ARAGONESES.P. “ Derecho Procesal Civil, tomo II. Parte especial: procesos declarativos y de ejecución”. Thomson Civitas.2006 págs 586-590

(34)LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA, J.M “ Tercerías de mejor derecho en la ejecución laboral aspectos procesales.En la obra colectiva “el tercero en la ejecución laboral. Manuales de formación continuada CGPJ. Madrid 2000

(25)MARIN CORREA.” La ejecución provisional de sentencias en el proceso laboral”. Tirant Lo Blanch 1999.

(4) MARTIN VALVERDE. A “Ejecucion de las sentencias de la jurisdicción social en la jurisprudencia: una primera aproximación, en “Ejecución laboral”. Ed CGPJ 2005.

MONEREO PEREZ “La reforma de la Oficina Judicial en el proceso laboral “. La Ley. Madrid 2010.

(2) MONTERO AROCA “Introduccion al proceso laboral” 5 ed Ed Marcial Pons Madrid 2000.

“La ejecución provisional de sentencias en el proceso laboral” Tirant Lo Blanch 1999.

MONTOYA MELGAR “Cuestiones grales de la ejecución definitiva de las sentencias”, en la “Ejecucion Laboral. CGPJ Escuela Judicial, N° 23

OLARTE MADERO.F:”Novedades en la ejecución:transacción, ejecución de conflictos colectivos y ejecución provisional” págs. 461 a 474

(21)ORDEIG FOS, J.,M.,:”El sistema español de la Seguridad Social”Ed Derecho Reunidos 1982.

(31) ORELLANA CANO, NURIA A. “El concurso laboral”. La Ley, 2012, monografía nº 15.

(16)y (17)PRIETO CASTRO-HERCE QUEMADA” Tratado de Derecho Procesal Civil” Ed Aranzadi 1985.

RAMOS MENDEZ, F.:” Derecho Procesal Civil”, Ed Bosch 1985

RIFÉ FERNANDEZ-RAMOS, J.A.” El proceso de ejecución laboral. Ed Laborum, 2010.

(6) RIOS SALMERON, B” La Ley concursal y el procedimiento laboral” en “Problemas críticos del proceso laboral”. C.G.P.J. Estudios de Derecho Judicial nº 63.

“Curso de procedimiento laboral”. Tecnos 2012

“Privilegios del crédito salarial”. Civitas 1984.

(7)SALINAS MOLINA,F: “La ejecución laboral y su incidencia en la LEC”.Relaciones Laborales.Rev crítica de teoría y práctica.2001(12):págs. 167 a 201.

“ Ejecución definitiva de sentencias y otros títulos”.Relaciones Laborales.Rev crítica de teoría y práctica 1990.

“La ejecución dineraria” en Rev M. Trabajo y Asuntos Sociales. Dcho Trabajo nº28, 2001.

SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTIN JIMENEZ, R. “ El despido: aspectos sustantivos y procesales”. Thomson. Aranzadi.

SENRA BIEDMA “Grupo de empresas y Derecho del Trabajo”.(29)

VARELA AUTRÁN,B. “ La ejecución de sentencias laborales: especial referencia a la ejecución provisional y a las medidas cautelares”, en “Problemas críticos del proceso laboral”. C.G.P.J. Estudios de Derecho Judicial, nº 63.

BIBLIOGRAFIA DE LA C.E.E.

ESCRIBANO MORA, A.C.” Manual de Justicia Internacional”.

GALIANA MORENO, J.M: “La aproximación de las legislaciones de los estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia (Comentarios a la Directiva del Consejo 80/987/CEE, de 20 de octubre).

GALIANA MORENO, J.M. “La Directiva 77/187/CEE y la transmisión de empresa por resolución judicial de contrato” en Noticias/CEE.

OLIET PALA, B: “ Consecuencias laborales de la transmisión de empresas en el Derecho Comunitario europeo” en Noticias/CEE.

RAMOS QUINTANILLA, M.I. “La imposible ejecución de una sentencia de condena por despido ante la inmunidad del Estado extranjero”.

RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: “ La delimitación del ámbito de aplicación de la Directiva 77/187/CEE por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: un reciente pronunciamiento de gran interés, en Noticias/CEE.

ANEXO:

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA Y DE LA AUDIENCIA NACIONAL, EN MATERIA DE SENTENCIAS DE CONFLICTO COLECTIVO Y SU INCIDENCIA EN LA EJECUCION.

Una sentencia del T.S. relativamente reciente es de fecha 26.03.14 del despido colectivo de Telemadrid.

Auto reciente de ejecución provisional de la empresa Coca Cola, dictada por la Audiencia Nacional en fecha 20 de noviembre de 2014.

STSJ de la Comunidad Valenciana de fecha 04.11.13 en que se declaró la nulidad del ERE de Radio TV Valenciana.

Sentencia importante: La declaración de nulidad del Expediente de Regulación de Empleo de la empresa Ferrobérica. Sentencia de 21 de mayo de 2013 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.