

La cuantía de los salarios de tramitación en un contrato fijo-discontinuo se corresponde con los salarios dejados de percibir en los periodos de actividad que existan entre la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia

Se plantea en el presente recurso, entre otras cuestiones, si procede el devengo de salarios de tramitación durante el periodo en el que un trabajador indefinido no fijo discontinuo está en inactividad.

Señala la Sala que los salarios de tramitación o los dejados de percibir desde la fecha del despido son los que hubiera cobrado de estar en activo, lo que significa que solo pueden estar considerados como tales aquellos que el trabajador debió cobrar de no haber existido la extinción del contrato operada indebidamente por el empleador. El que se determine en el fallo de la sentencia o título ejecutivo como fecha inicial una determinada, no significa, necesariamente, que, en todo caso y sea cual sea la situación, el trabajador deba cobrar el salario, incluso aunque en ese tiempo pueda iniciarse una situación de incapacidad temporal o, como en el presente supuesto sucede, un periodo en el que, de no existir el despido, no hubiera tenido actividad y esta situación, además, hubiera podido ser generadora de protección por desempleo.

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social

Sede: Madrid

Sección: 1

Fecha: 09/03/2022

Nº de Recurso: 427/2020

Nº de Resolución: 216/2022

Procedimiento: Recurso de casación para la unificación de doctrina

Ponente: MARIA LUZ GARCIA PAREDES

Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

SENTENCIA

En Madrid, a 9 de marzo de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Ayuntamiento de Amés, representado por el Procurador D. Raniero Fernández Pérez y asistido por el letrado D. José M^a Santiago Morales, contra la sentencia dictada el 30 de diciembre de 2019, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación núm. 5289/2019, frente a los autos de 8 de febrero y 12 de julio de 2019, dictados por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Santiago de Compostela, recaídos en autos núm.27/2019, seguidos a instancia de D^a Gabriela contra dicho recurrente, sobre incidentes de ejecución (despido).

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida, D^a Gabriela , representada por el letrado D. Emilio Carrajo Lorenzo.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María Luz García Paredes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 12 de julio de 2019, el Juzgado de lo Social nº 3 de Santiago de Compostela, dictó auto en el procedimiento sobre incidentes de ejecución (despido) seguidos a instancia de D^ª Gabriela , contra el Ayuntamiento de Amés, en cuya parte dispositiva dice lo siguiente: "Se desestima el recurso de reposición contra el auto de fecha 8 de febrero de 2019 por el cual se despacha ejecución 18 de septiembre de 2018, y en consecuencia, se mantiene el mismo en todos sus extremos".

En dicho auto se declararon los siguientes antecedentes de hecho: "Único.- Por la representación procesal del Concello de Ames se interpuso recurso de reposición contra el auto de fecha 8 de febrero de 2019 por el cual se despacha ejecución. Admitido a trámite dicho recurso, a través de la correspondiente diligencia de ordenación, y se acordó dar traslado del mismo a la otra parte para que lo impugne si así lo conviniere".

SEGUNDO.- Dicho auto fue recurrido en suplicación por la representación del Ayuntamiento de Amés (ACORUÑA) ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la cual dictó sentencia en fecha 30 de diciembre de 2019, en la que consta el siguiente fallo: "Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del Ayuntamiento de Ames contra el Auto de 12 de julio de 2019 que desestima el recurso de reposición contra el auto por el que se despacha la ejecución definitiva, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida".

TERCERO.- Por la representación del Ayuntamiento de Amés, se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Se invocan como sentencias contradictoria con la recurrida las dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 27 de septiembre de 2019, rec. 3388/2019 para el primer motivo y, para el segundo y tercer motivo, las dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 4 de abril de 2011, rcud. 2175/2010 y 16 de enero de 2009, rcud. 3584/2007.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 3 de diciembre de 2020, se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y transcurrido el plazo concedido a la parte recurrida para la impugnación del recurso formalizado de contrario sin haberlo verificado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente.

SEXTO.- Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 9 de marzo de 2022, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Planteamiento del recurso.

1.- Objeto del recurso.

La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina está centrada en determinar, por un lado, si procede el devengo de salarios de tramitación durante el periodo en el que el trabajador está en inactividad, así como la cuestión relativa al momento en el que deben determinarse los salarios dejados de percibir de quien es trabajador indefinido no fijo discontinuo, si en la vía declarativa o en ejecución de sentencia, y, finalmente, si la ejecución de sentencia es trámite oportuno para solventar el devengo de aquellos salarios, aunque la cuestión no se hubiese planteado en el procedimiento declarativo.

La parte demandada ejecutada ha formulado dicho recurso contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Galicia, de 30 de diciembre de 2019, en el recurso de

suplicación núm. 5289/2019, que desestima el interpuesto por dicha parte, confirmando el auto dictado por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Santiago de Compostela, de 12 de julio de 2019, en el procedimiento número (núm.)503/2017, que desestimó el recurso de reposición que se presentó por la ejecutada frente al auto de 8 de febrero de 2019, por el que se despachaba la ejecución en los términos pedidos por la parte actora.

En dicho recurso de unificación de doctrina se formulan, en principio, los tres puntos de contradicción indicados, para los que se identifican como sentencias de contraste, para el primero, la dictada por la Sala delo Social del TSJ de Galicia, de 27 de septiembre de 2019, rec. 3388/2019; para el segundo, la de esta Sala, de 4 de abril de 2011, rcud. 2175/2010; y, para el último, la de esta Sala de 16 de enero de 2009, rcud. 3584/2007.

2.- Impugnación del recurso.

La parte recurrida y personada ante esta Sala no ha formulado impugnación al recurso.

3.- Informe del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal ha emitido informe en el que expone las razones por las que considera que el recurso es procedente. Respecto de la primera cuestión que se suscita sostiene, partiendo de la existencia de contradicción, que la doctrina de la sentencia referencial es la que debe mantenerse, siguiendo el criterio de esta Sala, que se plasma en la sentencia de 16 de enero de 2009, rcud 3584/2007 que, precisamente, se invoca para el punto tercero de contradicción y la doctrina constitucional que cita. Por tanto, el proceso de ejecución es vía idónea para cuantificar los salarios dejados de percibir a los que condena la sentencia que declaró el despido nulo. Respecto del segundo punto, lo califica de superfluo ante la estimación del precedente. Y en relación con el tercero, lo califica de reiterativo y vinculado al primero, de forma que se estaría ante la descomposición artificial del recurso.

SEGUNDO. -Sentencia recurrida y examen de la contradicción.

1.- Sentencia recurrida

En lo que aquí interesa, debemos destacar que la trabajadora presentó demanda por despido, ocurrido el 23 de junio de 2017, por la extinción del contrato temporal que entendía fraudulento, abriéndose el procedimiento 503/2017. También, presentó otras dos demandas posteriores, por despidos que entendía ocurridos el 19 de septiembre de 2017 y 2 de octubre de 2017, por falta de llamamiento, que, repartidas al mismo juzgado, fueron acumuladas al procedimiento que hemos identificado antes.

El 26 de marzo de 2018, se dictó sentencia por el Juzgado de lo Social, declarando la improcedencia del despido, condenando a la demandada a la readmisión de la actora en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido con abono de los salarios de tramitación dejados de percibir desde la fecha efectiva del despido hasta la notificación de la sentencia a razón de 14,63 euros diarios, o bien a elección del empresario a la extinción de la relación laboral con abono a la demandante de la indemnización de 7.389,22 euros por despido improcedente. Dicha sentencia fue objeto de recurso de suplicación por la parte actora, interesando la declaración de nulidad del despido.

La demandada procedió a la readmisión de la trabajadora el 8 de mayo de 2018, con "abono de los salarios de tramitación por importe de 3.101,56 euros por 212 días desde el 2 de octubre de 2017 hasta el 2 de mayo de 2018 y ello por considerar la relación laboral de fija discontinua y por ello no es hasta el comienzo del siguiente curso escolar 2017-2018 o sea el 2 de octubre cuando debería producirse el llamamiento de la actora, y no en el momento de finalización del curso en junio de 2017",

A raíz de aquello, el 9 de julio de 2018 se pidió por la actora la ejecución definitiva parcial de sentencia, por los salarios de tramitación desde el 23 de junio de 2017 al 1 de mayo de 2018 (314 días/ 14,63 euros día), y tras la celebración del oportuno incidente, en el que la ejecutante insistía "en que si bien la demandada le abono los salarios de trámite del 2 de octubre al 2 de mayo de 2018 o sea 212 días en cuantía total de 3101,56 euros, le adeuda todavía la cantidad de 1.492,26 euros por el periodo del 23 de junio hasta el 2 de octubre", se dictó Auto, con fecha de 5 de octubre de 2018, desestimando el incidente y teniendo por cumplida la sentencia en todos sus términos, dando por concluida la ejecutoria y ordenando el archivo de la misma. Frente a dicho auto, se interpuso por la actora recurso de suplicación que fue resuelto por sentencia de la Sala de lo Social del TSJ, de fecha 30 de septiembre de 2019, rec. 2800/2019, en la que, revocando el auto de archivo, "se acordó que por el juzgado se despache ejecución por el principal de 1492,26 euros, y 150 euros fijados para intereses y costas". Todo ello aconteció durante la ejecución parcial de la sentencia de instancia, ceñida a los salarios de tramitación desde la fecha del despido, con inclusión del periodo de inactividad hasta el comienzo del siguiente curso escolar y no el que fue abonado por el ejecutado, en atención a la condición de trabajador indefinido no fijo discontinuo. Debemos señalar que la sentencia antes referida, del TSJ, ha sido objeto de recurso de casación para la unificación de doctrina, 4476/2019, en el que se han planteado similares cuestiones, con invocación de las mismas sentencias de contraste, y que se encuentra pendiente de señalamiento. Por tanto, la sentencia dictada en el proceso de ejecución definitiva parcial no es firme en este momento.

El recurso de suplicación interpuesto frente a la sentencia que declaraba la improcedencia del despido fue resuelto por la Sala de lo Social del TSJ, el 20 de noviembre de 2018, dictando sentencia en la que declaró la nulidad del despido, por vulneración de la garantía de indemnidad, condenando al Concello de Ames a readmitira la actora en su puesto de trabajo y a abonarle los salarios de tramite a razón de 16,42 euros día desde la fecha del despido el 23 de junio de 2017 hasta la notificación de la sentencia.

La parte actora, el 1 de febrero de 2019, interesó del Juzgado de lo Social la ejecución total de la sentencia por importe de 925,43 euros de principal y otros 100 fijados para intereses y costas sin perjuicio de ulterior liquidación, que resultan de la diferencia del salario fijado en la sentencia de instancia, de 14,63 euros día, y el señalado en la sentencia de suplicación, de 16,42 euros día, durante el periodo de 23 de junio de 2017 al 22 de noviembre de 2018, fecha de la notificación de la sentencia de suplicación.

El Juzgado de lo Social dictó auto el 8 de febrero de 2019, despachando la ejecución interesada, siendo dicho auto objeto de recurso de reposición que formuló la ejecutada alegando que "si bien es cierto que no se le ha abonado, por error interno que se va a corregir, la cantidad resultante de la diferencia entre el salario de tramitación fijado en la sentencia de instancia (14,63 euros / día y el estimado en la sentencia de suplicación(16,42 euros/día) esto es un cantidad de 1,79 euros día), estima que procede se limite la cantidad por la que se despacha ejecución a 377,69 euros, pues al tratarse de trabajadora fija discontinua el periodo de devengo de los salarios de tramitación se extiende desde el 2 de octubre de 2017, día de inicio del periodo de actividad, hasta el 2 de mayo de 2018, fecha en que la trabajadora es readmitida en su puesto de trabajo, o sea 211días a razón de 1,79 euros/día o sea 377,69 euros". El Juzgado de lo Social dictó auto en el que desestima la reposición siendo recurrido en suplicación ante la Sala de lo Social del TSJ que dictó la sentencia objeto del presente recurso.

Según la Sala "la sentencia de instancia y la que resuelve el recurso de suplicación condenan al abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido (27 de junio de 2017).Sin que por otra parte conste que se haya cuestionado por el Concello de Ames, hoy impugnante del recurso, ni en la instancia ni en vía de recurso, la cuestión relativa a la exclusión como 'periodo de devengo de los salarios de tramitación del lapso de tiempo que medie entre la fecha del cese y el inicio del curso escolar, ni la cuestión relativa a si el despido se produjo en el momento del cese o en el momento de la falta de llamamiento al inicio del nuevo curso escolar, y aun cuando pudiera asistir razón a la

demandada -impugnante del recurso, lo cierto es que no consta que dichas cuestiones se hayan planteado en la instancia ni en vía de recurso (interpuesto este únicamente por la actora ejecutante en el que solicito la nulidad del despido), siendo incuestionable que tanto la sentencia de instancia, como la de duplicación estiman como fecha del despido la de 27 de junio de 2017 y fijan ésta como la de inicio de devengo de los salarios de tramitación, por consiguiente es obvio que la sentencia habrá de ejecutarse en sus propios términos".

2.- Examen de la contradicción.

El art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina y en atención a su objeto, precisa de la existencia de sentencias contradictorias entre sí, lo que se traduce en que contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales".

A. Primer punto de contradicción

Se cuestiona en este primer planteamiento si procede el devengo de salarios de tramitación durante el periodo en el que el trabajador está en inactividad.

En esta cuestión se identifica como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, de 27 de septiembre de 2019, rec. 3388/2019, que confirma el pronunciamiento de instancia que desestima el recurso de reposición interpuesto contra el Auto de fecha 9-1-2019, el cual a su vez desestima el incidente de ejecución parcial y se tiene por cumplida en todos sus términos la sentencia de instancia. Debemos significar que esta sentencia afecta a una compañera de la demandante que también vio extinguido su contrato temporal.

En aquel supuesto se partía de que la relación de la actora con la demandada era indefinida no fija discontinua y de la existencia de despido improcedente con el pronunciamiento de que, en caso de readmisión, se condenaba a la demandada a abonar a la demandante los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia. El debate que la parte actora plantea en ejecución de sentencia se centraba en que el juzgado de lo social no respetó el pronunciamiento de despido improcedente en el punto relativo a los salarios de tramitación que había acordado desde la el 23 de junio de 2017, sin exclusión del periodo desde el despido -23 de junio de 2017- hasta el inicio del curso escolar -2 de octubre de 2018, en el que ciertamente no trabajó.

La Sala, en la sentencia de contraste, aplicando el criterio jurisprudencial que identifica, considera que "acreditado que la trabajadora fue cesada a la finalización del curso 2017-2018 (21 de junio de 2018) no procede la condena al abono de salarios de tramitación, en los términos solicitados por la recurrente dado que no pueden generarse durante el período en el que no existió actividad escolar y en este sentido procede desestimar el recurso de la parte actora; pues no se trata de alterar el contenido de la sentencia como postula la recurrente, ni se trata de alterar ningún pronunciamiento dictado por la magistrada de instancia que se limita a concretare interpretar su resolución en la ejecución parcial solicitada y que hace referencia a los "salarios dejados de percibir", o lo que es lo mismo aquellos que se hubiesen devengado y que no se hubiesen percibido, pero no como en el caso que nos ocupa en los que, por existir periodos de inactividad que como ya ha quedado expuesto, no se reanudó la actividad"

Entre las sentencias comparadas existe la contradicción en sus pronunciamientos por cuanto que tanto en una como en otra se está cuestionando si es posible en ejecución de sentencia determinar el importe de los salarios de tramitación que corresponden percibir a un trabajador con actividad

discontinua, ante un pronunciamiento de despido improcedente que fija como periodo inicial de percibo de esos salarios el del despido, que se identifica, en ambos casos, con la extinción del contrato al finalizar un curso escolar. Y la solución dada en un caso y otro es contradictoria ya que la sentencia recurrida entiende que si se fija el despido en un determinado momento a partir de ahí se generan salarios y al no haberse planteado en la vía declarativa nada sobre exclusión de periodos o que la fecha del despido sea otra, no es posible excluir periodo alguno. Por el contrario, la sentencia de contraste, entiende que en ejecución de sentencia es posible determinar los periodos de salarios de tramitación, y excluir aquellos en que no hay actividad.

B. Otros puntos de contradicción

En el segundo punto se suscita como cuestión la relativa al momento en el que deben determinarse los salarios de tramitación de quienes es trabajador con actividad discontinua, invocándose como sentencia de contraste la de esta Sala, de 4 de abril de 2011, rcud. 2175/2010.

Y, como tercera cuestión, si la ejecución de sentencia es trámite oportuno para solventar el devengo de salarios de tramitación, aunque la cuestión no se hubiese planteado en el procedimiento declarativo, con la sentencia de contraste de esta Sala de 16 de enero de 2009, rcud. 3584/2007.

Estos dos extremos vienen a constituir, realmente, una descomposición artificial del recurso por cuanto que, en definitiva, lo que se está cuestionando por la parte que recurre es si en ejecución de sentencia puede delimitarse el periodo de salarios de tramitación cuando estamos ante una relación indefinida no fija discontinua, aunque en la sentencia ejecutada se marque como fecha de inicio de este derecho una determinada.

Es más, la sentencia de contraste que se ha analizado anteriormente, al igual que la recurrida, resuelve una ejecución de sentencia y analiza el extremo al que se ciñen estos otros dos puntos de contradicción con lo cual, hubiera bastado con ella para solventar el debate que se nos presenta.

Tan es así la descomposición artificial que advertimos que la sentencia de contraste que se ha citado para el punto que hemos analizado como primero, obtiene su pronunciamiento de las sentencias de esta Sala, citando las que aquí se han traído como contradictorias.

Una última cuestión queremos aclarar antes de pasar a examinar el motivo de infracción de norma que se ha planteado en el recurso, Ante esta Sala pende un recurso de casación para la unificación de doctrina que ha planteado la misma parte recurrente frente a la sentencia que dictó la misma Sala de suplicación al resolver el incidente de ejecución parcial de la sentencia de instancia que había declarado la improcedencia del despido. En ella se había planteado la misma cuestión que la que ha resuelto la sentencia aquí recurrida, siendo la única diferencia la del importe reclamado pero afectando uno y otro caso al mismo periodo cuestionado -periodo desde el despido, producido al finalizar el curso escolar y por el que acciono la actora, hasta el comienzo del siguiente curso escolar-, aunque aquí se extiende más allá consecuencia de la sentencia de suplicación pero que no alteraría la razón de decidir sobre la que se formulan ambos recursos. Esta pendencia del recurso de casación para la unificación de doctrina 4476/2019 no interfiere en el presente porque, precisamente, no tenemos ningún pronunciamiento firme que vincule de alguna forma al que aquí estamos resolviendo y que pudiera provocar el efecto de cosa juzgada en el periodo coincidente

TERCERO. - Motivos de infracción de norma

1. Preceptos legales denunciados y fundamentación de la infracción.

La parte recurrente ha formulado un motivo de infracción normativa que ha derivado en tres planteamientos, en los que identifica como preceptos legales infringidos los arts. 241.1 y 191.4 d) 2º de la LRJS y 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial,

Según dicha parte, la condena a los salarios dejados de percibir que se devengan desde la fecha del despido no significa que, imperiosamente y al margen de determinadas circunstancias, deban establecerse desde ese momento cuando, como aquí sucede, puede concurrir periodos de inactividad que no deben ser indemnizados con aquel importe, lo que permite que en ejecución de sentencia se determinen los que deben estar comprendidos como tales. Y ello no implica que se esté alterando la sentencia ejecutada ya que la condena es a los dejados de percibir a partir de la fecha del despido lo que supone que deba determinarse cuáles son esos que debieron percibirse pudiendo realizarse tal cuantificación en ejecución de sentencia.

2. Doctrina Constitucional

El TC, partiendo del mandato del art. 24.1 y 2 de la CE, nos recuerda que, para conocer si un auto de ejecución de una resolución judicial firme que constituya título ejecutivo no se ha apartado de lo que éste haya resuelto, ha de estarse a una valoración global, diciendo lo siguiente: "es necesario partir del examen de tales pronunciamientos que, plasmados en el fallo o parte dispositiva, son consecuencia de la fundamentación jurídica de dicha resolución judicial, en una línea secuencial que une las alegaciones y pretensiones de la parte actora con la fundamentación jurídica y argumentación que funda la Sentencia, para desembocar en el fallo y concretos pronunciamientos contenidos en éste. La función jurisdiccional de decir el Derecho, presupuesto necesario de la ejecución, no permite una consideración aislada de cada uno de dichos momentos y actos procesales, sino que requiere su valoración unitaria o global, pues ésta es la que permite extraer, con mayor grado de certeza, el genuino alcance y significación de las determinaciones del órgano jurisdiccional y de los efectos jurídicos, de naturaleza formal o material, que deben producir aquéllas." (STC 139/2012).

3. Doctrina de la Sala

La STS de 5 de mayo de 2004, recordada en la de 2 de julio de 2013, con un título ejecutivo que se expresaba en los términos de condena a "salarios dejados de percibir" hasta la notificación de la sentencia, en una relación fija discontinua, tras reseñar el carácter indemnizatorio de los salarios de tramitación, que permite indemnizarla pérdida salarial sufrida durante la tramitación del despido ("estricta reparación del perjuicio causado" y "no enriquecer al perjudicado"), indicaba que esa naturaleza permite descontar lo percibido en otro empleo o los periodos en los que no existe obligación de trabajar, lo que puede comprobarse en vía ejecutoria. Doctrina que se expresaba de la forma siguiente: "naturaleza que permite descontar de su importe lo cobrado en otro empleo o lo devengado en periodos durante los que no existió obligación de trabajar por suspensión del contrato, añadimos: "en una relación de trabajo de fijo-discontinuo, la delimitación o concreción de las cantidades correspondientes requiere por razones cronológicas la comprobación o concreción en la ejecutoria o en el trámite de ejecución del período de trabajo efectivo determinante de los salarios de tramitación"

La STS de 24 de mayo de 2004, rcud 4195/2003, se pronuncia sobre si en ejecución de sentencia pueden dejarse sin efecto los salarios de tramitación a los que condenó la sentencia ejecutada cuando el trabajador estuvo en incapacidad temporal desde fecha anterior al despido, constando en hechos probados tal circunstancia. En esta sentencia, en relación con los preceptos legales que recogen los salarios de tramitación, se dice que ". Estos preceptos no impiden que cuando la sentencia no fija la cuantía de los salarios de tramitación y acude a la formula genérica de condena de salarios de tramitación en los términos establecidos en el art.56 del E.T., que se puedan concretar estos en momentos posteriores que serían en trámite de ejecución de sentencia" y concluye indicando que "En conclusión, como en el caso de autos, pese a estar declarado probado en la sentencia de instancia, en su hecho tercero, que el actor cuando fue despedido se encontraba en situación de incapacidad Temporal, se condenó en el fallo de aquella el pago de salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la fecha de notificación a la empresa de la referida resolución, a razón de la cantidad

diaria, que allí se decía, sin cuantificarla cantidad total, dado la utilización de la forma genérica del art. 56 del E.T., sin pronunciarse tampoco sobre la incidencia de la situación de Incapacidad Temporal en dichos salarios, procedía haberlo hecho en ejecución de sentencia, sin que con ello se contradiga lo ejecutoriado, dado que la sentencia de instancia, no condenó al pago de cantidad líquida; por tanto como nada se resolvió sobre dicha incidencia [...] procede decretar la nulidad de actuaciones a partir de la providencia de 30 de diciembre de 2.002, reponiéndolos a tal momento procesal para que el Juzgado de instancia dicte nueva resolución con libertad de criterio entrando a conocer sobre dicha cuestión de fondo planteada en el incidente, previo cumplimiento de los trámites legales que tampoco se han observado".

La STS de 5 de junio de 2004, rcud 1957/2003, sobre el descuento de lo percibido en otro empleo en fase de ejecución de sentencia de despido improcedente, considera que los preceptos legales que se refieren a los salarios de tramitación "no impiden que cuando la sentencia no fija la cuantía de los salarios de tramitación y, acude a la fórmula genérica de condena de salarios de tramitación en los términos establecidos en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, que se pueda concretar en momento posterior, que sería el trámite de ejecución de sentencia, al que necesariamente habría que acudir cuando se tratase de salarios correspondiente al periodo que medie entre el acto de juicio y la fecha de notificación de sentencia". Y más adelante y en respuesta a la firmeza de los autos que fijaban el concreto importe de los salarios de tramitación, afirma que "En consecuencia, no cabe entender como hacen las resoluciones impugnadas, que la parte ejecutada consintió como definitiva la cuantificación previa realizada con el carácter indicado. A lo que se aquietan las partes esa la cuantía que correspondería percibir por salarios durante el periodo que media entre la fecha del despido y la de la notificación de la sentencia y, lo que se discute en trámite de ejecución es cuestión distinta, cual es compensar aquellos salarios que al trabajador le correspondía percibir, con los realmente percibidos con otro trabajo" Y respecto de la preclusividad de los actos procesales, indica que ". Por ello en nada se atenta, como dictamina el Ministerio Fiscal, contra la preclusividad de los actos procesales y la firmeza de los mismos, y, sin embargo se impide la consumación de actos ejecutados en fraude de ley (artículo 6.4 del Código Civil), puesto que es el propio ejecutante el que está en posición idónea para conocer si concurre la situación a que alude el artículo 56.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, lo que ocurre si se solicita la ejecución de salarios de tramitación a conciencia de que no se tiene derecho a ellos por estar trabajando y percibir otras retribuciones, dado el carácter compensatorio de las mismas establecido en el citado artículo 56, y por tanto, se debe aplicar la norma que se estaba tratando de eludir, pues corresponde a los órganos judiciales impedir o no favorecerla consecución de resultados prohibidos por el Ordenamiento Jurídico".

La STS de 16 de enero de 2009, rcud 3584/2007 vienen a reiterar la doctrina recogida en la de 24 de mayo de 2004, rcud 4195/2003 para resolver si procede recurso de suplicación frente a auto que no admite la oposición a la ejecución de sentencia de despido nulo presentada por la empresa, para limitar los salarios de tramitación y que la Sala de suplicación había denegado por ser "alegaciones extemporáneas" ya que, según ella, "debieron ser efectuadas en el acto de la vista". Esta Sala entendió que no eran extemporáneas esas alegaciones reseñando, entre otras razones que " [...] en el caso, refiriéndose el título ejecutivo a "salarios dejados de percibir" "hasta la notificación de la sentencia", en una relación de trabajo de fijo-discontinuo, la delimitación o concreción de las cantidades correspondientes requiere por razones cronológicas la comprobación o concreción en la ejecutoria o en el trámite de ejecución del período de trabajo efectivo determinante de los salarios de tramitación (STS 5-5-2004 , citada); y 4) en supuestos como el presente, la oposición a la ejecución de una condena a salarios de tramitación por mediar supuesta o real incidencia de causa afectante al perjuicio generado por los salarios dejados de percibir puede considerarse un "punto sustancial no decidido en el pleito".

La STS de 2 de julio de 2013, rcud 2597/2012, y las que en ella se citan, señaló que los salarios de tramitación se prolongan hasta la notificación de la sentencia que declara el despido improcedente salvo que antes se hubiera finaliza la campaña del trabajador fijo discontinuo y que se pueden cuantificar en ejecución de sentencia. Se dijo lo siguiente: "que los mismos se adeudan hasta la fecha de notificación de la sentencia que declara la improcedencia del despido, salvo que antes finalice la temporada que motiva la contratación discontinua, supuesto en el que se adeudan sólo hasta ese día. Ello nos lleva a estimar que en este extremo es más correcta la doctrina seguida por la sentencia de contraste, lo que obliga a estimar el recurso en este punto, a casar la sentencia recurrida en el particular relativo a la fijación del importe de los salarios de trámite y, resolviendo el debate de suplicación, a acoger favorablemente el de tal clase interpuesto en su día por la entidad demandada, para revocar así en ese mismo extremo, y con el alcance ante dicho, la sentencia de instancia, lo que determinará, de resultar necesario, que los tan repetidos salarios de trámite, en su caso, se cuantifiquen en ejecución de sentencia".

La STS de 28 de julio de 2015, rcud 1925/2014, se pronuncia sobre si la cuantía de los salarios de tramitación fijada genéricamente en el fallo de una sentencia de despido nulo (abono de "los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la fecha de notificación de la presente sentencia, ambas inclusive", a razón de una determinada "cantidad diaria") puede ser impugnada por la empresa en fase de ejecución con base en que el trabajador no prestó servicios todos los días laborables de trámite del proceso, habida cuenta de su condición de contratado en la modalidad de fijo-discontinuo, En concreto, la sentencia de suplicación allí recurrida confirmó el pronunciamiento de instancia que no había dado lugar a la oposición a la ejecución al entender las alegaciones de la empresa son "extemporáneas" ya que "debieron ser efectuadas en el acto de la vista", por lo que el referido pronunciamiento de ejecución resulta irrecurrible. Esta Sala casó dicho pronunciamiento, con base en la doctrina recogida en la STS de 24 de mayo de 2004, por lo que devolvió las actuaciones al juzgado de lo social para que resolviera la oposición a la ejecución que se planteó por la ejecutada.

Siguiendo con el alcance de los salarios de tramitación en relaciones laborales discontinuas, referir que la STS de 9 de diciembre de 2021, rcud 92/2019, en un supuesto que afecta a un compañero de la aquí recurrida, y frente al mismo Concello recurrente, al resolver sobre la calificación del despido, revocando la sentencia recurrida, declara la nulidad del despido con la especificación de que son salarios dejados de percibir en referencia a los días en que el curso académico se haya desarrollado, dada la condición de discontinua que se asignaba a la relación laboral.

Finalmente, no queremos olvidar la STS de 25 de mayo de 2020, rcud 2577/2017, en la que, en ejecución de sentencia de despido improcedente que había dejado fijado el importe de la indemnización, entendió que no procedía hacer valer en ese momento que la cuantía indemnizatoria fuese reducido por lo abonado al extinguir el contrato temporal como indemnización, al no haber sido alegado hasta la fase de ejecución.

4. Doctrina aplicable al caso

La aplicación de la anterior doctrina al caso que nos ocupa nos lleva a entender que es la sentencia de contrástela que se ha ajustado a la misma.

Antes que nada, debemos señalar que el caso que nos ocupa no guarda relación con lo que ha resuelto esta Sala en la última sentencia que hemos recogido anteriormente. No estamos ante una sentencia firme o título ejecutivo que haya cuantificado los salarios de tramitación, sino que la sentencia ejecutada tan solo condena al pago de los salarios de tramitación desde la fecha de despido. Por tanto, la doctrina que contiene aquella sentencia no sería trasladable al presente caso.

Entrando ya a aplicar los criterios que esta Sala ha venido señalando en relación con las sentencias que condenan a la formula general de pago de los salarios de tramitación o salarios dejados de

percibir desde el despido, en casos en los que en ese espacio temporal concurren situaciones en los que no hubiera existido actividad de no haber ocurrido la decisión extintiva, lo primero que debemos afirmar, conforme a la doctrina anterior, es que en ejecución de sentencia es posible determinar los periodos que, desde el despido, se correspondan con los de actividad, cuando estamos ante una relación que ya se ha calificado en la instancia como indefinida no fija discontinua y se conoce o se identifica con el curso escolar, cuyo inicio y final no se cuestiona por las partes.

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

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

Y para ello no es exigible que, en este caso, en la instancia y en la fase declarativa se haya tenido que alegar por la parte demandada los periodos que no son de actividad cuando, claramente y en esa valoración global y unitaria a la que ha de atender el alcance del fallo, no se había cuestionado que los de actividad reconcentraban en las mismas fechas, coincidentes con el curso escolar y, por ello, precisamente, se catalogó expresamente en suplicación la relación como fija discontinua. Como tampoco podía entenderse que la parte actora estuviera reclamando los salarios de tramitación en periodo de no actividad ya que nada de eso se interesaba en demanda, sino que, en todas las que presentó, solicitaba que se condenase a "los dejados de percibir" desde una determinada fecha, lo que implica que no estaba reclamando periodo correspondiente a tiempo de inactividad, máxime cuando en su demanda partía de la existencia de una relación fija discontinua. Esto es, si el título ejecutivo dispone que se abonaran salarios de tramitación desde un determinado momento ello debe entenderse vinculado a que se tratan de salarios dejados de percibir a partir de ese instante y no otros periodos que no se hubieran trabajado. Otra cosa sería si la sentencia de despido hubiera fijado expresamente la cuantía y ésta, ya cuantificada, no hubiera sido impugnada de contrario.

Tampoco era necesario que en el proceso declarativo se tuviera que haber invocado como momento de la extinción otro -falta de llamamiento al inicio del curso escolar- y no el que activó la parte actora y en suplicación se ha identificado - extinción del contrato temporal que entendía fraudulento- ya que ello resulta irrelevante a los efectos que nos ocupan. El ubicar la ruptura de la relación laboral al finalizar el curso no implica que se hayan dejado de percibir salarios en el periodo transcurrido desde ese momento hasta el comienzo del siguiente curso escolar, espacio en el que no hay actividad laboral. El poner la fecha del despido en la falta de llamamiento solo hubiera permitido a la demandada alegar una falta de acción por inexistencia del despido, pero no significa que la sentencia, que ha declarado el despido desde una fecha anterior, comprometa y obligue a abonar salarios de tramitación cuando no existen salarios dejados de percibir que tuvieran que ser indemnizados.

Es más, de entender que la sentencia que declaró el despido nulo está condenando ahora a salarios no dejados de percibir sí que iría contra lo pedido por la parte actora en sus demandas y en el propio

recurso de suplicación frente a la sentencia de instancia, sea cual sea el momento que se entendiera como despido. Esto es, la parte ejecutante estaría pidiendo algo que no reclamó en momento alguno.

Por ello y, en conclusión, el título ejecutivo, al condenar a los salarios de trámite desde la fecha de 23 de junio de 2017, en su correspondencia con lo que pidió la demandante, debe entenderse que condena a los salarios dejados de percibir y, por ende, con exclusión de los periodos de inactividad. Por consiguiente, las diferencias salariales, consecuencia del mayor salario reconocido en suplicación, por los periodos de inactividad que existen desde la finalización del curso escolar 2016/2017 (fecha que se ha entendido como de despido) y hasta la fecha de la notificación de la sentencia (22 de noviembre de 2018), que reconoce la sentencia aquí recurrida no es atendible.

CUARTO. - Lo anteriormente razonado, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, permite entender que el recurso debe ser estimado parcialmente y, casando la sentencia recurrida, debemos resolver el debate planteado en suplicación. Ello significa estimar parcialmente el recurso de suplicación que interpuso la ejecutada y, en consecuencia, revocar parcialmente el auto dictado por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Santiago de Compostela, de 12 de julio de 2019, en los autos 503/2017, y estimar parcialmente el de reposición que se presentó por dicha parte frente al auto de 8 de febrero de 2019, lo que implica revocar esta resolución en los términos que seguidamente se van a fijar.

En efecto, recordemos que la ejecución que pedía la parte actora comprendía las diferencias en el mayor salario reconocido en suplicación, por el periodo que se identificaba -desde el despido hasta la notificación de la sentencia-. En el recurso de reposición que la parte ejecutada formuló contra el auto despachando esa ejecución, reconocía que no había abonado las diferencias que entendía procedentes y que éstas no solo debían excluir los periodos de inactividad, sino que el momento final sería aquel en el que tuvo lugar la readmisión y que, por tanto, solo procedía el pago de las diferencias desde el 2 de octubre de 2017 -fecha de inicio del curso escolar- hasta el 2 de mayo de 2018 -fecha de la readmisión-.

Pues bien, a la hora de dar respuesta a esta oposición a la ejecución y atendiendo a lo pedido por la parte ejecutante, debemos partir de que procede excluir los periodos de inactividad (por tanto, la petición de la parte ejecutante no podía estimarse en su integridad). Y no es admisible cerrar esos salarios a la fecha de readmisión -2 de mayo de 2018- (petición de la oposición a la ejecución) sino que debe extenderse hasta la notificación de la sentencia, 22 de noviembre de 2018 (pedido por la parte actora). Y ello por la sencilla razón de que la sentencia dictada en suplicación condenó a la demandada a los salarios dejados de percibir "hasta la notificación de la sentencia", siendo consciente la Sala de suplicación de que la demandante ya había sido readmitida en un momento anterior -no debemos olvidar que ya había dictado una sentencia en la ejecución parcial-. En esas circunstancias dicha sentencia no marcó como fecha final la de la readmisión, sino que lo trasladó a otro posterior que es el que la parte actora interesó en su escrito de ejecución.

Por consiguiente, los salarios dejados de percibir son los periodos de actividad que existan entre el día del despido y hasta la notificación de la sentencia de suplicación, lo que implica que se deban excluir los de inactividad entre cursos escolares. Y este es el pronunciamiento que procede ya que lo pretendido por la parte ejecutada en el recurso de reposición sí que estaría alterando claramente el fallo de la sentencia de suplicación que la parte no combatió, ya que si entendía que los salarios dejados de percibir no podían ir más allá de la fecha en que readmitió, debió combatirlo y no aquietarse con ese pronunciamiento.

No procede imponer costas a la ejecutada, ni en suplicación, ni en este recurso de casación para la unificación de doctrina, a tenor del mandato del art. 235 de la LRJS

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1.- Estimar parcialmente el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Concello de Amés (A Coruña), representado por el Procurador D. Raniero Fernández Pérez y asistido por el letrado D. José María Santiago Morales, contra la sentencia dictada el 30 de diciembre de 2019, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación núm. 5289/2019.

2.- Casar y anular parcialmente la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar parcialmente el de tal clase interpuesto por la parte recurrente y, en consecuencia, revocar los Autos dictados por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Santiago de Compostela, de fecha 12 de julio de 2019 y 8 de febrero de 2019, procediendo despachar ejecución, en concepto de salarios dejados de percibir, en el importe que resulte de tomar los periodos de actividad desde el 23 de junio de 2017 hasta el 22 de noviembre de 2018, excluyendo los de inactividad -fuera del curso escolar-, a razón de 1,79 euros/día. No procede imponer costas a la recurrente en suplicación.

3.- Sin imposición de costas en este recurso de casación para la unificación de doctrina

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.