

UNA RELECTURA DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE SENTENCIAS EN EL ORDEN SOCIAL*

MARÍA TERESA ALAMEDA CASTILLO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid

EXTRACTO

Palabras clave: Ejecución provisional de sentencias, sentencias de despido, sentencias de seguridad social de tercero

Se lleva a cabo en el presente artículo una relectura crítica de la ejecución provisional de sentencias, institución clásica del Derecho adjetivo que ha sido objeto de una sustancial reforma en la Ley reguladora de la Jurisdicción Social. No se aborda un análisis lineal de los arts. 289 a 305 LJS sino que las reflexiones se centran en determinadas cuestiones especialmente controvertidas. La especificidad del Derecho del Trabajo como disciplina normativa compensadora de la desigual posición de las partes en el contrato se proyecta, de manera muy significativa, sobre el régimen regulador de la ejecución provisional de sentencias en el orden social diseñado desde la óptica de una sentencia de condena que beneficia a la parte más débil de la relación laboral cuyos pronunciamientos se imponen al empresario ante el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho de la pretensión del actor declarada en la sentencia. La regulación especial laboral no es completa y plantea innumerables problemas aplicativos, que no se han resuelto con su renovado régimen regulador (ni con la escasa interpretación judicial) y que exigen, en ocasiones, acudir al régimen supletorio civil.

ABSTRACT

Key words: Provisional enforcement of judgments, dismissal judgments, social security judgments

It is carried out in this paper a reinterpretation of the provisional enforcement of judgments, classic institution of adjective law has undergone substantial reform in the Ley de la Jurisdicción social (Social Jurisdiction). A linear analysis is not addressed (arts. 289-305 LJS) but reflections focus on certain particularly controversial issues. The specificity of labor law as compensatory normative discipline of the unequal position of the parties to the contract are projected, very significantly, on the regulatory regime of the provisional enforcement of judgments in the social order designed from the perspective of a judgment conviction that benefits the weakest part of the employment relationship. Special labor regulation is not complete and raises innumerable applications problems that have not been resolved with renewed regulatory regime (or with little judicial interpretation) and requiring sometimes resort to civil default regime.

* Este trabajo se ha desarrollado en el marco del Proyecto de Investigación I+D+I del Ministerio de Economía y Competitividad: "Evaluación sustantiva de las reformas laborales: una metodología interdisciplinar" (DER 2012-33178). Investigador principal Jesús. R. Mercader Uguina. 2013-2015.

ÍNDICE

1. RASGOS GENERALES DE LA FIGURA
2. TIPOLOGÍA DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE SENTENCIAS EN EL ORDEN SOCIAL
 - 2.1. Sentencias condenatorias al abono de cantidades. Anticipos reintegrables
 - 2.2. Sentencias en materia de Seguridad Social
 - 2.2.1. Condena al pago de prestaciones periódicas
 - 2.2.2. Condena al pago de prestaciones de pago único
 - 2.2.3. Condena a obligaciones de hacer o no hacer
 - 2.2.4. Otros supuestos de ejecución provisional de sentencias en materia de Seguridad Social
 - 2.3. Sentencias de despido. Punto de partida y de llegada: El carácter autónomo de la ejecución provisional de sentencias de despido. La controvertida ejecución provisional de las sentencias de despido colectivo
 - 2.3.1. Sentencias que declaran el despido nulo o improcedente con readmisión. Contenido de la ejecución provisional
 - 2.3.2. Sentencias que declaran la nulidad o improcedencia del despido que se concretan en el pago de cantidades
 - 2.4. Sentencias recaídas en los procesos de conflictos colectivos, en los de impugnación de los convenios colectivos y en los de tutela derechos fundamentales y libertades públicas
 - 2.5. Nuevas posibilidades de ejecución provisional de sentencias que incorpora la LJS
 - 2.5.1. Ejecución provisional de sentencias recaídas en procesos de impugnación de actos administrativos en materia laboral, sindical y de Seguridad Social
 - 2.5.2. Sentencias que acuerdan la extinción del contrato por voluntad del trabajador ex art. 50 3. ET
3. DISPOSICIONES COMUNES A LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE SENTENCIAS EN EL ORDEN SOCIAL: COMPETENCIA E IMPUGNACIÓN
4. APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA LEC

1. RASGOS GENERALES DE LA FIGURA

En línea de principio, será ejecutable la sentencia que ya es firme, pero tal criterio general convive con la posibilidad de que, durante el recurso, el fallo impugnado sea ejecutado, aunque de forma provisional, estableciéndose las cautelas al efecto para que las cosas puedan volver al estado en el que se encontraban antes de procederse a la misma¹. El diseño laboral de esta ejecución (arts. 289-305 LJS) selecciona determinadas sentencias de condena favorables al trabajador o beneficiario del sistema para las que se prevén reglas particulares²

¹ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “El carácter autónomo de la ejecución provisional de las sentencias de despido”, RL, I, 1994, p. 88.

² Pago de cantidades, Seguridad Social, despidos, conflictos colectivos, impugnación de convenios colectivos, tutela de derechos fundamentales, impugnación de actos administrativos en materia laboral, sindical y Seguridad Social y extinciones del art. 50 ET.

y ello, sin perjuicio, de determinadas notas comunes. No existe un principio general de ejecución provisional de sentencias en el orden social, sí presente ya, sin embargo, en la LEC 2000³. La LJS (y antes la LPL) no prohíbe la ejecución provisional a favor de una empresa sino que se limita a no regular especialidades en esos casos, aplicándose, por tanto, el régimen de la ejecución provisional civil. Ello es así porque la ejecución provisional no se contempla como un derecho puesto a disposición de las dos partes sino como un beneficio sólo concedido al trabajador o beneficiario de la Seguridad Social⁴ que tiende a garantizar la efectividad de los derechos reconocidos a aquéllos por la decisión de instancia y la inmediatez de su disfrute⁵. Difiere profundamente el régimen de la ejecución provisional laboral de la diseñada en el orden civil cuya regla general es la restauración del estado inicial anterior a la ejecución y de indemnidad del ejecutado, deshaciéndose lo hecho e indemnizándose daños. Frente a ello, la acción ejecutiva provisional laboral que deriva del título recurrido, se estructura como derecho relativo, unas veces y como derecho absoluto, otras. Sería absoluto, en determinadas sentencias de Seguridad Social y de despido nulo o improcedente con readmisión ya que no hay que devolver las prestaciones periódicas, ni los salarios percibidos y relativo, en aquellos casos en los que el beneficiario soporta un riesgo de eventual devolución de lo percibido⁶.

En el proceso laboral, de única instancia y con un sistema de recursos extraordinarios, la sentencia de instancia está dotada de una fuerte presunción de legalidad, ya que su revisión por los tribunales superiores se mueve dentro de cauces muy estrictos⁷. Para el TC, en la ejecución provisional de sentencias⁸ no estamos ante un derecho fundamental directamente comprendido en el art. 24.1

³ La LEC ensancha decididamente el campo y las condiciones de aplicación de este tipo de ejecución llegando a esbozarse un criterio general de ejecución provisional de todo favorecido por una sentencia recurrida de condena (art. 526 LEC), con excepciones menores. Dicha opción legislativa tiene como contrapunto la previsión de un régimen de oposición a la ejecución provisional (dificultad o imposibilidad de restaurar la situación anterior a la ejecución provisional ante la revocación de la sentencia) y la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados (*vid.*, González Navarro, A., *La ejecución provisional en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Bosch, 2014).

⁴ Rojas Rivero, G.P., *El proceso de ejecución laboral*, Lex Nova, 2001, p. 381.

⁵ Casas Baamonde, M.E., “La ejecución provisional de sentencias en el proceso laboral ¿Procedimiento autónomo? Y sobre el régimen provisional de las sentencias de despido”, en AA.VV., *El proceso laboral. Estudios en homenaje al Profesor Luis Enrique De la Villa*, Lex Nova, 2001, p. 124.

⁶ Rojas Rivero, G.P., *El proceso de ejecución laboral*, *op. cit.*, ps. 369 y 370.

⁷ Casas Baamonde, M.E., “La ejecución provisional...”, *op. cit.*, p. 122. SSTC 3, 14 y 114/1983, 20/1984, STC 105/1997, STC 5/2003.

⁸ Cuyas cargas para la parte condenada no son desproporcionadas ni lesivas de su derecho a la tutela judicial (SSTC 90/1990, 61/1992).

CE, sino ante un derecho de configuración legal, que el legislador puede establecer en los distintos órdenes jurisdiccionales sometiéndolo a determinados requisitos y garantías, dictados tanto en interés de la buena Administración de Justicia como en orden a la adecuada protección de los intereses de las partes en el proceso⁹. Ahora bien, dicho esto, la ejecución provisional (de sentencias de despido, en concreto) tiene relevancia constitucional desde el momento en que, para el TC, los argumentos que sirven de fundamento a la ejecución provisional hacen legítima constitucionalmente la opción legislativa¹⁰. La ejecución provisional de despidos tiene el carácter de un procedimiento autónomo, dentro de un único proceso de índole laboral (el de despido) que se estima justificado desde el punto de vista constitucional por su fundamento y características: la naturaleza de la retribución (salario de subsistencia), la reciprocidad de las prestaciones, el obligado cumplimiento inmediato de éstas o la duración temporal de la ejecución (equivalente a la duración del trámite de recurso). Además y, por otro lado, el derecho a la ejecución provisional de sentencias en el ámbito laboral ha sido vinculado por el propio Tribunal al derecho a la ejecución en sus propios términos de las resoluciones judiciales, en tanto expresión del derecho a la tutela judicial efectiva *ex art. 24 CE* porque para el TC de las resoluciones judiciales dirigidas a la efectividad de la ejecución provisional dimana también un derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del trabajador¹¹. De esta forma, entiende, que la negación del derecho a la ejecución amparada en resoluciones judiciales conlleva la lesión del derecho de los trabajadores a que éstas se ejecuten, lo que incluso tratándose de una ejecución provisional, supone la violación del art. 24.1 CE. Así, la línea divisoria entre la naturaleza fundamental y meramente legal del derecho a la ejecución de sentencias se hace entonces muy tenue: dictadas resoluciones judiciales en el proceso de ejecución provisional que adquieren firmeza, el derecho a su ejecución pasa a cobijarse en el art. 24.1 CE¹².

Son requisitos y notas de la ejecución provisional: a) El título ejecutivo tiene que estar constituido única y exclusivamente por una sentencia. b) Se concibe la ejecución provisional de manera amplia, extensiva, más allá de las sentencias estrictamente dinerarias. Ahora bien, ha de tratarse de sentencias de condena o pseudo-declarativas (que no contienen condenas dinerarias cuantifi-

⁹ STC 312/2006. González Velasco, J., *Los derechos laborales y su tutela provisional. La ejecución provisional en el Derecho del Trabajo*, Acarl, 1988, p. 40.

¹⁰ Navarro Nieto, F., *La ejecución judicial de la readmisión en los despidos*, Tirant lo Blanch, 2005, p. 145.

¹¹ STC 191/2000, STC 266/2000.

¹² Casas Baamonde, M.E., "La ejecución provisional...", *op. cit.*, p. 126.

cadadas pero sí condenas de obligaciones de hacer). c) La sentencia ha de ser definitiva, esto es, ha de tener carácter recurrible no siendo conceptualmente viable la ejecución provisional de una sentencia firme, puesto que estaríamos ante una ejecución definitiva. d) La sentencia definitiva debe hallarse en trámite de anuncio, preparación o interposición de recurso devolutivo –suplicación o casación-. e) No se exige caución a la parte que insta la ejecución ni reintegro de lo percibido en ciertos supuestos (salarios de sustanciación en determinadas sentencias de despido, sentencias condenatorias de prestaciones periódicas de Seguridad Social). f) Se constata la presencia de los poderes públicos como garantes de la satisfacción del interés del ejecutante e incluso también del que fue indebidamente ejecutado¹³.

La ejecución provisional finaliza cuando existe una sentencia firme que resuelve el recurso. Lo normal será que frente a una sentencia del Juzgado de lo Social recurrida en suplicación y ejecutada provisionalmente, estos efectos cesen cuando el Tribunal Superior resuelva el recurso. Ahora bien, si ésta última sentencia es confirmatoria y frente a la misma se interpone recurso de casación para unificación de doctrina, la ejecución provisional continua porque no existe, todavía, sentencia que ponga fin al asunto, esto es, sentencia firme. Sin embargo, si la sentencia estima el recurso de suplicación y revoca la de instancia, la ejecución provisional no puede proseguir¹⁴, ésta (ya) no resulta procedente porque la sentencia que se pretendía ejecutar ha sido revocada y, aunque el pronunciamiento revocatorio no es firme, sí es definitivo.

Una precisión terminológica y una última consideración introductoria de carácter general. En los tipos tradicionalmente conocidos (anticipos reintegrables, Seguridad Social y despidos) el legislador alude a *ejecución de sentencias recurridas* y en la ejecución provisional más moderna (conflictos colectivos, impugnación de convenios colectivos, tutela de derechos fundamentales) se utiliza la expresión *ejecutividad inmediata*. En principio, el término ejecución provisional se conecta con la petición expresa del beneficiario no así la *ejecutividad inmediata*, aun cuando la ley mezcla ambos términos y buena prueba de ello es que en el art. 303 LJS parecen utilizarse como sinónimos. En otro orden de cuestiones, en materia impugnación, es tradicional el rechazo y resistencia legal y judicial a los recursos devolutivos en sede de ejecución provisional en base a principios como el de economía procesal que harían difícilmente entendible que se admitiera el recurso de suplicación contra la sentencia que se ejecuta

¹³ Cruz Villalón, J., “La ejecución provisional en el proceso laboral”, en AA.VV., *Ejecución de sentencia. Dossier práctico*, Francis Lefebvre, 2000, p. 45.

¹⁴ Blasco Pellicer, A., *El régimen procesal del despido*, Tirant lo Blanch, 2000, p. 344.

y un segundo recurso contra la ejecución provisional: un segundo recurso contra decisiones que dependen de otro recurso¹⁵. Aun cuando las últimas reformas procesales en la materia incorporan algunas excepciones a aquel criterio general (art. 304.3 LJS), la referida resistencia dificulta la necesaria interpretación judicial de la institución en extremos importantes. No obstante (y, paradójicamente) algunas pautas interpretativas son aportadas por el TC vía tutela judicial efectiva en que la ejecución provisional no se integra (en principio, *vid. supra*) pero que, de rebote, ha contribuido a clarificar su régimen en el ámbito procesal laboral¹⁶.

2. TIPOLOGÍA DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE SENTENCIAS EN EL ORDEN SOCIAL

2.1. Sentencias condenatorias al abono de cantidades. Anticipos reintegrables

Conforme al art. 289.1 LJS 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 contra ella, tendrá derecho a obtener anticipos a cuenta de aquélla, garantizando el Estado su reintegro y realizando, en su caso, su abono, en los términos establecidos en la Ley. Será el trabajador la «*parte interesada*» que habrá de instar la ejecución ante el órgano judicial que dictó la sentencia cuya ejecución provisional se pretende. En todo caso, esta ejecución provisional se ha de solicitar (no es una consecuencia automática de la sentencia condenatoria) y, a partir de ese momento, rige el impulso de oficio. Establece el art. 289. 2 y 3 LJS que el anticipo alcanzará, como máximo total, hasta el 50 por ciento del importe de la cantidad reconocida en la sentencia, pudiendo abonarse en períodos temporales durante la tramitación del recurso, desde la fecha de la solicitud y hasta que recaiga sentencia definitiva o por cualquier causa quede firme la sentencia recurrida. Este pago periódico (normalmente mensual) durante el tiempo que dure el recurso no excluye que el abono pueda revestir la forma de cantidad a tanto alzado y será el propio trabajador el que decida la cantidad que desea reclamar, sin superar los topes legales, sin que se le obligue a justificar la razón por la que pide esa cantidad. En cuanto a las vías para la obtención de efectivo destinado a satisfacer el anticipo, son tres las posibilidades contempladas por la norma vertebradas en torno a la realización o no de consignación para recurrir:

¹⁵ STS 30-4 y 27-5-2002.

¹⁶ En línea similar, Blasco Pellicer, A., *Ejecución en el orden social tras la LEC*, Tirant lo Blanch, 2004, p. 27.

a) De haberse efectuado consignación, el secretario judicial dispondrá el anticipo con cargo a ella detrayendo las cantidades necesarias para abonarlo al trabajador. b) En caso de que la obligación se hubiera asegurado mediante aval o cualquier otro medio admitido, el secretario judicial requerirá a la empresa para que en el plazo de cuatro días proceda a consignar en metálico la cantidad a anticipar, disponiendo luego de acreditada esta consignación la devolución del aval o medio de garantía inicialmente constituido, contra entrega simultánea de nuevo aval o medio de garantía por la menor cantidad. Este párrafo 2 del art. 290 LJS (antes LPL) se incorpora por la Ley 13/2009. Hasta ese momento, en la LPL, la regulación de la ejecución provisional de sentencias condenatorias al pago de cantidades contemplaba dos supuestos: con consignación y sin consignación, ignorando el caso de anticipo concedido mediante aval. Algunos autores entendían que, tal supuesto debía equipararse a aquéllos de falta de consignación, con lo que el Estado habría de asumir el abono de los anticipos¹⁷. No obstante, la interpretación judicial mayoritaria era la contraria al entender que de la fórmula legal «*aseguramiento mediante aval bancario*» habría de deducirse que el aval bancario podía convertirse en metálico por los mecanismos bancarios de ejecución de la fianza que prestara la entidad bancaria de crédito¹⁸. c) Si no hubiera sido preceptivo consignar la cuantía de la condena para recurrir, el Estado abonará el anticipo directamente al trabajador¹⁹ y esta responsabilidad se articulará a través del organismo gestor correspondiente. Desaparece en la LJS la DA 4ª de la LPL en la que se indicaba que *podría* encomendarse al FOGASA la gestión de las partidas presupuestarias destinadas a anticipos reintegrables, opción, por otra parte, no materializada en la práctica. En la actualidad, al situarnos ante una responsabilidad estatal conexas a la tutela del trabajador en el seno del proceso, el organismo gestor será el Ministerio de Justicia²⁰.

¹⁷ Montero Aroca, J., Marín Correa, J.M., *La ejecución provisional de sentencias en el proceso laboral*, Tirant lo Blanch, 1998, ps. 48 y 49. También, STSJ Madrid 6-5-1997.

¹⁸ STSJ Galicia 20-10-1994 y SSTSJ País Vasco 25-3-1997 y 12-6-1998.

¹⁹ Tal supuesto es calificado por algunos autores –en línea con el origen de la figura de los anticipos reintegrables– como actividad de jurisdicción voluntaria (Montero Aroca, J., Carratalá Teruel, J.L., Mediavilla Cruz, M.L., *Proceso laboral Práctico*, Aranzadi, 2003, p. 1048) o prestación a cargo del Estado (Rojas Rivero, G.P., *La ejecución de sentencias en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social*, Bomarzo, 2012, p. 32).

²⁰ De cualquier forma, el órgano gestor no tiene facultades de control de la legalidad del decreto que le ordena realizar el anticipo pero si éste no se produjera voluntariamente por parte del organismo afectado, se seguiría el trámite de la ejecución definitiva frente a entes públicos del art. 287 LJS (Baylos Grau, A., Cruz Villalón, J., Fernández López, M.F., *Instituciones de Derecho Procesal laboral*, Trotta, 1995, 2ª edición, p. 616).

Si la revocación dejara sin efecto totalmente la sentencia, es evidente que debe suspenderse la ejecución provisional. Debe procederse al reintegro de lo anticipado, de oficio o a instancia del empresario o, en su caso, del Estado, ya que el art. 290 LJS no exige la firmeza de la sentencia revocatoria que sustituye a la sentencia de instancia que justifica la ejecución provisional²¹. Aun cuando el cumplimiento espontáneo de la obligación de reintegro es posible, la ley concede a los acreedores (empresario, Estado) un título ejecutivo de inmediata y directa utilización²²: la resolución firme en que se acordó la ejecución provisional junto con la certificación, librada por el secretario judicial o por el organismo gestor, en el que se determinaran las cantidades abonadas. Así, la efectividad del reintegro va más allá de la garantía solidaria del Estado del art. 292 LJS pues el art. 293 diseña un título ejecutivo que permite al órgano judicial (juez, aquí sin género de duda, al tratarse de ejecución definitiva) iniciar ejecución, dirigida a lograr el reintegro de la cantidad anticipada²³. En todo caso, la operación de reintegro o resarcimiento habrá de formalizarse en el seno de la ejecución de que se trate, como una incidencia de la misma sin que sea necesario acudir a proceso declarativo u otro proceso²⁴.

De todas formas, los anticipos reintegrables son una figura poco usada en la práctica (probablemente por la inexcusable obligación de devolución ante la revocación de la sentencia), sin embargo, *a contrario*, sí es frecuente la ejecución provisional de sentencias que reconocen la improcedencia o nulidad del despido o de aquellas que reconocen el derecho a una pensión del sistema público de Seguridad Social; ambos supuestos, se abordan a continuación.

2.2. Sentencias en materia de Seguridad Social

Todo fallo judicial del que se derive el derecho a percibir una prestación de Seguridad Social, cualquiera que sea el sentido del pronunciamiento, dará

²¹ El diseño legal del reintegro de los anticipos reintegrables se concreta en una actividad de prestación del Estado que actúa como instrumento de garantía social al servicio de la igualdad de las partes en el proceso, por cuanto no sólo el trabajador se ve favorecido sino también el empresario, que tiene asegurado el cobro de la devolución, en todo caso (Molina Navarrete, C., “Artículo 290 Ley de Procedimiento Laboral”, en AA.VV., [Monereo/Moreno/Gallego], *Comentario a la Ley de Procedimiento laboral*, Tomo II, Comares, 2001, p. 1758).

²² Ríos Salmerón, B., “Artículo 293. Incumplimiento de la obligación de reintegro por el trabajador”, en AA.VV. (Sempere), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social*, Aranzadi, 2013, p. 1641.

²³ Estamos ante uno de los títulos idóneos para abrir la ejecución definitiva implícitamente incluido en el art. 237 LJS («Sentencias firmes y demás títulos, judiciales o extrajudiciales, a los que la presente Ley otorga eficacia para iniciar directamente un proceso de ejecución»).

²⁴ STS 21-11-2002 y STSJ Galicia 16-4-2012.

derecho a que el beneficiario de la prestación obtenga la eficacia inmediata de la misma, en el supuesto de que se interpusiera recurso contra aquél. La LJS en sus arts. 294-296 regula la ejecución provisional de las sentencias condenatorias en materia de Seguridad Social estableciendo tres supuestos: sentencias condenatorias al pago de prestaciones periódicas, a prestaciones de pago único y a obligaciones de hacer o no hacer. El ámbito material de aplicación de esta ejecución provisional serán aquellas sentencias que reconozcan prestaciones de pago periódico, de pago único y de hacer o no hacer del régimen público de Seguridad Social, las encuadrables en la asistencia social pública y, en el futuro, las prestaciones derivadas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, en la medida en que, conforme al art. 2 o) LJS, estas prestaciones tienen «a todos los efectos de esta Ley la misma consideración que las relativas a las prestaciones y los beneficiarios de la Seguridad Social». La entrada en vigor de esta regla procesal se demora, como es conocido, hasta un momento posterior, cuando una futura ley lo determine (Proyecto que habría de ser remitido en 3 años) teniendo en cuenta la incidencia de las distintas fases de aplicación de la Ley de Dependencia (DF 7ª.2 LJS). Quedan fuera las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, sin perjuicio de que pudiera mantenerse, en su caso, la vía de los anticipos reintegrables de los arts. 289-293 y ss. LJS²⁵. En tal caso, habría que aplicar la regla del art. 230.2 d) LJS que exige, en caso de condena referida a mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, que el condenado o declarado responsable efectúe la consignación o el aseguramiento de la condena ante el juzgado.

Como afirmamos, en materia de Seguridad Social, la ejecución provisional presenta perfiles diversos dependiendo del tipo de obligación: ante prestaciones temporales o vitalicias de pago periódico, derecho absoluto, sin obligación de devolver nada de lo percibido²⁶, en prestaciones a tanto alzado derecho relativo con posible reintegro y relatividad también en obligaciones de hacer o no hacer ante el arbitrio judicial para acceder o no a la petición de ejecución provisional.

²⁵ STSJ Andalucía 20-1-2005, en contra, STSJ Castilla La Mancha 11-3-2008. Algún autor sostiene, sin embargo, que en el caso de obligaciones de hacer o no hacer «en materia de Seguridad Social» el tenor legal permite pensar en obligaciones de Seguridad Social sin exclusiones ni limitaciones, lo que incluye la Seguridad Social (mejor protección social) libre (Salinas Molina, F., “Artículo 294”, en AA.VV. [De la Villa], *Ley de Procedimiento Laboral. Comentada y con Jurisprudencia*, La Ley, 2006, p. 1965).

²⁶ Incluso si la sentencia fuera anulada, STS 1-6-2010.

2.2.1. *Condena al pago de prestaciones periódicas*

El beneficiario de una sentencia de condena relativa al pago de prestaciones periódicas, sean pensiones o subsidios, ostenta su derecho frente al condenado desde que se anunció o preparó el recurso contra la sentencia, percibiendo de él las prestaciones hasta el límite de su responsabilidad, durante la tramitación del recurso, cualquiera que fuera el que lo planteó y hasta que se dicte resolución por el Tribunal Superior. Mantiene la doctrina que más que ante un supuesto de ejecución provisional de sentencia -que exigiría una petición expresa-, se está ante una ejecutividad inmediata de las sentencias condenatorias²⁷ al pago de prestaciones de pago periódico por parte de la Entidad Gestora, mutua o empresario responsable.

Esta ejecutividad inmediata se consigue, además, mediante otro instituto ligado íntimamente a la ejecución provisional, que es la consignación del capital coste de la prestación o la certificación de la Entidad Gestora del abono de ésta y que es el presupuesto y requisito de admisibilidad del recurso frente a la sentencia²⁸. En estos casos, el abono de la prestación durante la tramitación del recurso se debe producir tanto si el recurso lo interpuso el condenado a su pago como si recurre el demandante al que el fallo reconoce una prestación de Seguridad Social distinta de la solicitada o en cuantía diferente a la postulada. En este segundo supuesto, la situación es peculiar pues al no recurrir el condenado no se dispondrá 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 la solución será la aplicación del art. 288 LJS para que por la TGSS 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 prestación²⁹. En el caso de recurso formulado por entidad colaboradora o particular, el ingreso en la TGSS, en concepto de consignación, del capital importe de la pensión, les libera totalmente de sus responsabilidades (en concepto de intereses, por ejemplo)³⁰. Por su parte, si la sentencia condenara al pago de cantidades perió-

²⁷ Ejecución provisional que se inicia por ministerio de la ley.

²⁸ Rojas Rivero, G., *El proceso de ejecución laboral*, op. cit., p. 443.

²⁹ andino Axpe, J.F., *Ejecución en el orden jurisdiccional social*, Comares, 1996, p. 339, Salinas Molina, F., "Artículo 294. De las sentencias condenatorias en materia de Seguridad Social", en AA.VV (Folguera/Salinas /Segoviano), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Lex Nova, 2011, 2ª edición, p. 1093.

³⁰ En esta línea, la STS 11-3-2002 insiste en la conclusión de que constituido el capital importe de la prestación declarada en el fallo, la entidad colaboradora ha cumplido su obligación, por lo que el retraso en el abono de la prestación no conllevará la obligación de aquélla de abonar intereses.

dicas, debidas a contingencias pasajeras pero de duración y consecuencias económicas desconocidas *a priori*, como la incapacidad temporal, resulta imposible calcular el importe del capital coste de renta que debiera depositarse para garantizar el pago del subsidio durante la sustanciación del recurso y por eso el condenado cumplirá con hacer frente simplemente al pago de la obligación durante el tiempo de la tramitación del recurso.

El beneficiario habrá de recibir la prestación hasta que recaiga la sentencia del tribunal superior y la Entidad Gestora o colaboradora ha de comenzar el pago desde el momento de la sentencia. Además, habrá de practicarse la oportuna liquidación si, al dictarse la sentencia superior revocatoria, no se hubieran percibido todos los pagos periódicos correspondientes al tiempo de tramitación del recurso (art. 294.2 LJS). El abono de las prestaciones deberá comprender también, en su caso, las revalorizaciones que aquéllas pudieran experimentar durante la tramitación del recurso, como lógica consecuencia del nacimiento *ex lege* de la relación de protección, sin que ello suponga contravenir lo ejecutoriado sino, por el contrario, el ajuste de la ejecutividad de la sentencia con la naturaleza de la obligación documentada en aquélla como título³¹, teniendo en cuenta el carácter evolutivo de la obligación.³² El trabajador tiene derecho a las prestaciones devengadas durante la tramitación del recurso (*ex art.* 294.1 LJS) y la TGSS ha de comenzar su pago desde la fecha de la sentencia. Por ello, los devengos previos, no se recibirán en sede de ejecución provisional sino que estos «*atrasos*» se perfilan como un crédito latente, a la espera de que la condena adquiera firmeza³³.

Cuando la sentencia confirme la de instancia, favorable a las pretensiones del beneficiario, éste consolidará el derecho que le fue reconocido provisionalmente y, en consecuencia, seguirá percibiendo la pensión o de no producirse el cumplimiento voluntario deberá instar la ejecución definitiva. Es el momento para exigir lo no abonado durante la ejecución provisional, los atrasos de la pensión producidos desde el hecho causante hasta la fecha de la sentencia, así

³¹ Montero Aroca, J., Marín Correa, J.M., *La ejecución provisional de sentencias...*, *op. cit.*, ps. 95-96.

³² En todo caso, el abono de la prestación durante el recurso lo será, hasta «*el límite de responsabilidad*» lo que es importante pues los pleitos de Seguridad Social es frecuente que se entiendan con varios demandados y podría ocurrir que la condena emitida, aun afectando a todos, no lo hiciera de la misma manera, fuera por la cifra asignada, el orden o el alcance de la responsabilidad impuesta (Rojas Rivero, G.P., *La ejecución de sentencias...*, *op. cit.*, p. 50).

³³ Rojas Rivero, G., *El proceso de ejecución laboral*, *op. cit.*, pág. 457, Ríos Salmerón, B., Cavas Martínez, F., “Artículo 294. Ejecución provisional de la sentencia condenatoria al pago de prestaciones de pago periódico de la Seguridad Social”, en AA.VV. (Sempere), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social*, *op. cit.*, p. 1651.

como el abono de los incrementos y revalorizaciones, si no se hubiesen satisfecho ya, al haber adquirido el demandante definitivamente la cualidad de pensionista³⁴. En los casos en los que la sentencia aumentase la cuantía de la prestación que se venía percibiendo, el beneficiario tendría derecho a la diferencia entre lo percibido y lo establecido en la sentencia que pone fin al recurso. Por su parte, si la sentencia favorable al trabajador fuera revocada totalmente e incluso anulada las consecuencias derivan de la ejecutividad inmediata de este tipo de sentencias y del carácter autónomo de la ejecución provisional. En base a ello, el trabajador no estará obligado al reintegro de las cantidades percibidas durante el periodo de ejecución provisional y conservará el derecho a que se le abonen las prestaciones devengadas durante la tramitación del recurso y que no hubiere percibido en la fecha de firmeza de la sentencia. Así, desde que se dicta la sentencia de instancia hasta la fecha de suplicación, la prestación se devenga, se percibe y no se reintegra³⁵ incluso aunque se anule aquélla³⁶. En aplicación de estos criterios, podría ocurrir que prestaciones periódicas de duración determinada como los subsidios de incapacidad temporal o las prestaciones por desempleo agotaran su duración durante la tramitación del recurso, resultando absolutamente intrascendente la revocación de la sentencia pues el beneficiario no se vería obligado a devolver las cantidades recibidas. Aun así, es mayoritaria la doctrina judicial de suplicación que incluye este tipo de prestaciones de Seguridad Social en el supuesto del art. 294.2 LJS estableciendo la obligación de su abono durante el recurso y la no exigencia de reintegro, por tanto³⁷.

Por el contrario, sí se tendrían que devolver, en su caso, las cantidades percibidas en relación con el período anterior a la sentencia de instancia, pues no corresponde al periodo de ejecución provisional. Supuesto singular es el del recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad al que la doctrina de suplicación, partiendo de su carácter sancionador y no prestacional, no aplica el art. 294.2 LJS sino la obligación de reintegro que se concreta en la regularización e imputación de las cantidades percibidas sobre la prestación definitivamente reconocida por el Tribunal Superior³⁸. Si la sentencia fuera revocada en parte y se hubiera tenido que consignar por el condenado el correspondiente capital coste de renta, deberá devolverse a la persona o entidad distinta a la Entidad Gestora que haya consignado la parte correspondiente en cuanto exceda

³⁴ Rojas Rivero, G.P., *El proceso de ejecución laboral*, op. cit., p. 462.

³⁵ SSTS 14-3-1994 y 24-7-1996, STSJ Galicia 2-3-2001.

³⁶ STSJ Andalucía 18-12-1998.

³⁷ STSJ Canarias 13-2-1998, STSJ Andalucía 18-12-1998, STSJ Andalucía 21-2-2000, STSJ Cantabria 3-4-2002. En contra, SSTSJ Cataluña 12-12-2005 y 19-9-2008.

³⁸ STSJ Cataluña 17-3-2005.

de lo preciso para hacer frente a la prestación de pago periódico reconocida. Se hace una nueva liquidación del capital coste renta, se fija la pensión definitiva que deba percibir el beneficiario y se devuelve al recurrente la parte de capital sobrante si lo hubiera.

Existe doctrina judicial unificada sobre los efectos de la revocación parcial de una sentencia condenatoria al pago de prestación periódica ejecutada provisionalmente que reduce el grado de incapacidad permanente inicialmente declarado, caso en el que no se deberá producir la compensación de las prestaciones superiores abonadas durante la tramitación del recurso con la pensión inferior reconocida finalmente³⁹. En esta misma línea, al igual que no se exige al beneficiario la devolución de las pensiones percibidas en concepto de invalidez permanente total reconocida en instancia que luego es dejada sin efecto en una superior instancia judicial, tampoco resulta aceptable el llevar a efecto una compensación con la prestación a tanto alzado por incapacidad permanente parcial que finalmente es reconocida en el recurso⁴⁰.

2.2.2. *Condena al pago de prestaciones de pago único*

Conforme al art. 295 LJS, el beneficiario del régimen público de Seguridad Social⁴¹ que tuviera a su favor una sentencia recurrida que condenara al abono de una prestación de pago único o a tanto alzado (lesiones permanentes no invalidantes, incapacidad permanente parcial, indemnización a tanto alzado por muerte derivada de accidente de trabajo, prestación contributiva por desempleo cuando se abona de una vez el valor actual de su importe...) tendrá derecho a solicitar su ejecución provisional y a obtener anticipos a cuenta de aquélla, en los términos establecidos para las sentencias condenatorias al pago de cantidades. La LJS remite esta ejecución provisional al régimen jurídico visto de los anticipos reintegrables partiendo de la consideración de que se trata, de igual forma, de una condena pecuniaria, aunque su origen sean obligaciones en materia de Seguridad Social. Si la entidad condenada hubiera sido una mutua o una empresa, la ejecución provisional se dirigirá contra las cantidades consignadas por el importe de la condena. Ahora bien, si el obligado al pago fuera una

³⁹ STS 1-6-2010 que casa y anula STSJ Madrid 23-10-2008. Previamente, SSTS 14-3-1994 y 24-7-1996, STSJ Canarias 30-9-1994.

⁴⁰ STS 14-3-1994. No obstante, algún pronunciamiento judicial –y pese a la jurisprudencia unificada TS- se manifiesta en sentido contrario, favorable a minorar de las 24 mensualidades en concepto de incapacidad permanente parcial, lo ya percibido durante la sustanciación del recurso en concepto de prestación por incapacidad permanente total (STSJ Castilla La Mancha 30-3-2004).

⁴¹ Aquí recogida de forma expresa la referencia al régimen público.

Entidad Gestora, se plantea la duda (aplicando el régimen del art. 290.3 LJS) de si corresponde al Estado (órgano gestor) o a aquella abonar el anticipo reintegrable, en la medida en que la Entidad está exenta de la obligación de consignar para recurrir. La doctrina mayoritaria y algunos pronunciamientos de suplicación⁴² se inclinan por la Administración de la Seguridad Social -específica en la materia-⁴³. En contra, algunos autores⁴⁴ y algún pronunciamiento del TS que admite la acción ejercitada por el Estado para recuperar frente al INSS lo abonado como anticipo en la ejecución provisional (50% de la condena de instancia en una incapacidad permanente parcial)⁴⁵.

Como principios generales de esta ejecución provisional pueden formularse: a) No es posible admitir la ejecutividad inmediata de las sentencias condenatorias al pago de prestaciones de pago único. b) La ejecución provisional, en este caso –y siguiendo el régimen de las obligaciones de pago de cantidad- ha de ser solidaria, esto es, es un derecho que asiste al beneficiario y que se activa a instancia de parte. Por ello, podría el beneficiario esperar a la ejecución definitiva una vez obtenga sentencia confirmatoria por parte de sentencia firme y, en ese momento, reclamar el abono de la cantidad debida. c) Si la ulterior sentencia revocara total o parcialmente la ejecutada de forma provisional o la anulara, el beneficiario habría de devolver el anticipo recibido⁴⁶. La LPL 1980 (art. 226) imponía la obligación de reintegro al trabajador y, en caso de insolvencia de éste, la mutua lo rescataba vía Fondo de Garantía. A partir de 1990, desaparece la obligación de abono por parte de la TGSS en caso de insolvencia del trabajador⁴⁷.

2.2.3. *Condena a obligaciones de hacer o no hacer en materia de Seguridad Social*

El órgano judicial, a petición del beneficiario favorecido, podrá acordar la ejecución provisional de una sentencia favorable en la que se recojan obliga-

⁴² STSJ Galicia 9-11-1994 y 2-3-1995.

⁴³ Iglesias Cabero, M., *et alii*, *El proceso laboral. Ley de Procedimiento laboral comentada*, Ed. Deusto, 2005, pág. 1031, Rojas Rivero, G.P., “Artículo 295. Ejecución de sentencias condenatorias al pago de prestaciones de pago único”, en AA.VV (Monereo), *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Comares, 2013, p. 1568.

⁴⁴ Ríos Salmerón, B., Cavas Martínez, F., “Artículo 295. Ejecución provisional de la sentencias condenatorias al pago de prestaciones de pago único”, en AA.VV. (Sempere), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social, op. cit.*, p. 1656.

⁴⁵ STS 12-12-2012.

⁴⁶ STSJ Murcia 22-4-2002, STSJ Cataluña 13-2-2006.

⁴⁷ STSJ Cataluña 9-9-1998.

ciones de hacer o no hacer. La genérica previsión del art. 296 LJS permite extender el régimen fijado en él a otros posibles contenidos de las sentencias condenatorias en materia de Seguridad Social (que no sean prestaciones de pago periódico ni de pago único) evitando que, de instarse su ejecución provisional, debiera acudir a la aplicación supletoria de la LEC. Centrándonos en el Régimen Público, habrían de quedar incluidas aquí las relativas a los actos de encuadramiento, las que se corresponden con las prestaciones de asistencia sanitaria, tanto médico sanitarias como recuperadoras (tratamientos quirúrgicos, la rehabilitación, prótesis y órtesis, los vehículos para inválidos) o las correspondientes a la asistencia social. Las notas características esta ejecución provisional son: a) Necesidad de la petición del beneficiario del fallo condenatorio pues esta ejecución no opera automáticamente. b) No estamos ante un derecho subjetivo del beneficiario o sus causahabientes, ni absoluto ni relativo. Impera la decisión ponderada del órgano judicial (motivada, en todo caso) en atención a las circunstancias concurrentes, en especial, la situación de necesidad o urgencia en que se encuentren aquéllos y los perjuicios que pudieran derivarse de la decisión a adoptar para la parte condenada. Esta discrecionalidad judicial en la concesión o no de la ejecución provisional se concreta, lógicamente, en la exclusión de recurso. c) Exención de fianza para el ejecutante (como ya en todos los casos de ejecución provisional civil y laboral).

Los efectos de una eventual sentencia posterior revocatoria de la ejecutada no están previstos en la ley. No obstante, parece lógico mantener que aquéllos consistirán en un cese de la conducta, esto es, la pérdida de efectos de la obligación de hacer o de no hacer desde el pronunciamiento revocatorio, *ad futurum*, por tanto⁴⁸ y sin indemnizar por lo hecho. Se suspenderá, así, la continuación de los actos de ejecución por carecer de título hábil en el que fundarla pero sin que ello signifique simultáneamente emprender una suerte de camino de retorno respecto de las concretas prestaciones recibidas⁴⁹. En concreto, en la asistencia sanitaria el beneficiario no tiene que devolver nada; en la entrega de utensilios, como las sillas de ruedas, deberían jugar criterios de equidad⁵⁰ y cuando se trate de actos de encuadramiento, los mismos deberían quedar sin valor jurídico

⁴⁸ Molina Navarrete, C., “Art. 294”, en AA.VV. (Monereo/Moreno/Gallego), *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, op. cit., p. 1771, Blasco Pellicer, A., “La ejecución provisional”, en Albiol Ortuño *et alii*, *Derecho Procesal Laboral*, Tirant lo Blanch, 2013, 10ª edición, p. 604.

⁴⁹ Ruiz Moreno, J.M., *La ejecución provisional en el proceso laboral*, Aranzadi, 1999, ps. 191-192.

⁵⁰ Contrario a la devolución de lo entregado, Ríos Salmerón (“La incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la ejecución social”, en AA.VV., *Ejecución de sentencia*, op. cit., p. 226).

alguno y desprovistos de fundamento ulteriores actos de protección, los cuales, cuando provocaran prestaciones dinerarias darían lugar a la devolución de las mismas como si se tratara de percepciones indebidas⁵¹.

2.2.4. *Otros supuestos de ejecución provisional de sentencias en materia de Seguridad Social*

El régimen de la ejecución provisional de sentencias en materia de Seguridad Social no se agota en los arts. 294-296 (y, eventualmente, 305 LJS -aplicación supletoria LEC-) sino que ha de completarse con las previsiones de los arts. 146 y 147 LJS en materia de prestaciones por desempleo. De la lectura de estos preceptos se derivan dos supuestos más de ejecución provisional (sentencias *directamente ejecutivas*): a) en perjuicio del beneficiario demandado cuando a instancia de la Entidad Gestora se declare por sentencia la revisión del acto impugnado declarativo de derechos en perjuicio del beneficiario (art. 146.4 LJS) y b) en perjuicio del empresario condenado cuando la sentencia estima la demanda de la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo cuando aquél hubiera hecho un uso abusivo o fraudulento de la contratación temporal posibilitando que el trabajador percibiera prestaciones por finalización de varios contratos temporales con una misma empresa (art. 147 LJS). En este supuesto, no estaríamos ante una revisión de actos propios que se pretende anular pues se parte del mantenimiento de las prestaciones ya concedidas al trabajador sino que será el empresario (y no la Entidad Gestora) responsable del pago de las mismas porque incurrió aquél en fraude o abuso de derecho en la contratación. Ello supone que el empresario habrá de devolver prestaciones y cotizaciones.

En el primer caso, por su parte, nos situaríamos, ante una submodalidad o especialidad del proceso de Seguridad Social perfilando la LJS, un verdadero proceso de lesividad que se constituye en el cauce adecuado para dispensar tutela a la Seguridad Social cuando ésta pretende revocar extinguiendo o modificando en perjuicio de sus beneficiarios sus actos declarativos de derechos pues la propia ley impide a las entidades gestoras la revisión de oficio, consagrando, en estos casos, un principio de heterotutela⁵². Ahora bien, si se trata de prestaciones de pago periódico o de condenas que tienen, exclusivamente efectos de futuro, el sistema es adecuado pero se plantean problemas cuando los afectos

⁵¹ Ríos Salmerón, B., en AA.VV (Montoya), *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, Aranzadi, 2000, ps. 945-946.

⁵² Blasco Pellicer, A., *Ejecución provisional en el orden social tras la LEC*, op. cit., p. 60.

hacia el pasado obligarían al beneficiario a restituir lo percibido⁵³. En consecuencia, una vez notificada la sentencia, pendiente el recurso, la Entidad Gestora demandante podría solicitar del órgano judicial su ejecución provisional y éste debería acordarla requiriendo al trabajador la devolución de lo percibido y si no lo hace seguirá la ejecución hasta obtener las cantidades objeto de la condena⁵⁴, salvo que el beneficiario condenado pusiese a disposición del Juzgado, para su entrega a la Entidad Gestora, tales cantidades⁵⁵. No obstante, también se esbozan argumentos en contra de esta interpretación y se apuntan otros favorables a la consideración de que lo que persigue la regla del art. 146.4 LJS es impedir el disfrute de una prestación a futuro desde el momento en que existe una sentencia que establece su inexistencia o una cuantía inferior a la que se venía disfrutando. El silencio de la ley en relación a la devolución de lo percibido parece avalar esta posición que también cuenta con algún reflejo judicial como los pronunciamientos que mantienen que la ejecución provisional sólo alcanza a las cantidades devengadas a partir de la sentencia y no a las cantidades ya percibidas con anterioridad que quedaría a expensas de lo que se resuelva en definitiva y, por lo tanto, a la ejecución de la sentencia que resulte firme⁵⁶.

2.3. Sentencias de despido. Punto de partida y de llegada: El carácter autónomo de la ejecución provisional de sentencias de despido. La controvertida ejecución provisional de las sentencias de despido colectivo

El art. 297 LJS precisa los diferentes supuestos en los que procede acordar la ejecución provisional cuando se condena, por sentencia de despido pendiente de recurso, a la readmisión del trabajador y concreta los efectos de cara a la prestación por desempleo. Cuando en los procesos donde se ejerciten acciones derivadas de despido o de decisión extintiva de la relación de trabajo, la sentencia declare su improcedencia y el empresario que hubiera optado por la readmisión, interpusiera alguno de los recursos autorizados por la Ley, éste vendrá obligado, mientras dure su tramitación, a satisfacer al recurrido la misma retribución que venía percibiendo con anterioridad a producirse aquellos hechos y continuará el trabajador prestando servicios a menos que el empresario prefiera hacer el abono

⁵³ STSJ Galicia 30-1-1998 (R° 4927/1997). Si, posteriormente, se revocara la sentencia de instancia, el beneficiario tiene derecho a reclamar la devolución de aquellas cantidades (SSTSJ Galicia 30-1 y 12-5-1998).

⁵⁴ En esta línea, Cruz Villalón y Rojas Rivero (“Ejecución provisional en el proceso laboral”, *op. cit.*, p. 86 y *El proceso de ejecución laboral, op. cit.*, p. 440, respectivamente).

⁵⁵ Blasco Pellicer, A., *Ejecución provisional en el orden social...*, *op. cit.*, p. 61.

⁵⁶ STSJ Comunidad Valenciana 23-11-2000.

aludido sin compensación alguna. Esto también será aplicable cuando, habiendo optado el empresario por la readmisión, el recurso lo interpusiera el trabajador. Los números 2 y 3 de este precepto establecen que la misma obligación tendrá el empresario si la sentencia hubiera declarado la nulidad del despido o de la decisión extintiva de la relación de trabajo o si el despido fuera declarado improcedente y la opción, correspondiente al trabajador, se hubiera producido en favor de la readmisión.

Cuando la readmisión es preceptiva, por obligatoria en el despido nulo o por haberse optado por ella y es la empresa quien recurre, el fundamento de la ejecución provisional estriba en que aquí la conducta del empresario es 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 actuación⁵⁷. En cualquier caso, dado que la ejecución provisional no siempre se resuelve con la reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo, se consagra un régimen excepcional del derecho de ocupación efectiva, temporal y armonizador de intereses contrapuestos⁵⁸.

El TS ha interpretado, en unificación de doctrina (siguiendo la interpretación constitucional en la materia), que la obligación empresarial de abonar los salarios devengados en la ejecución provisional se enmarca dentro una secuencia procesal que tiene carácter de procedimiento autónomo nacido de la propia norma legal, por lo que ha de llevarse a efecto desde luego y con independencia del resultado que se obtenga en el recurso interpuesto contra la sentencia, de tal forma que, aunque ésta fuera revocada o anulada no se enerva el derecho a estos salarios⁵⁹. Así, el derecho a los salarios de subsistencia que confiere el art. 300 LJS es inmune a la sentencia (de suplicación, de casación) que en su caso revoque la recurrida y esta teoría del proceso autónomo se lleva hasta sus últimas consecuencias incluso en supuestos en los que la sentencia revocatoria se ha fundado en elementos procesales como los relativos a la incompetencia de jurisdicción⁶⁰, nulidad de actuaciones⁶¹, incluso cuando han faltado las garantías constitucionales de audiencia debida a la parte demandada incumplida por falta de citación⁶². Este carácter autónomo nace *ex lege* de una resolución judicial que

⁵⁷ Rojas Rivero, G., *El proceso de ejecución laboral*, op. cit., p. 475.

⁵⁸ Val De Tena, A.L., “La ejecución provisional de las sentencias por despido” en Ortiz Lallana, *La ejecución de sentencias de despido*, Acarl, 1995, p. 325.

⁵⁹ SSTs 17-7-1993 y 6-10-1995, también, STSJ Castilla y León 9-4-2003, STSJ Cantabria 17-12-2004.

⁶⁰ SSTC 234/1992, 104/1994, SSTC 105/1997, STS 17-7-1993.

⁶¹ STSJ Cataluña 26-9-1997.

⁶² STC 191/2000.

declara la antijuridicidad –improcedencia o nulidad- de la decisión empresarial de despedir y el que tal calificación se modifique en virtud del recurso interpuesto –bien declarando la procedencia del despido o apreciando la existencia de obstáculos materiales o procesales que hagan ineficaz la acción ejercida- en nada puede modificar aquella obligación procesal, de forma que la revocación de la sentencia no afecta a los efectos anteriores y ya producidos del fallo revocado⁶³. Esta autonomía de la ejecución provisional dota al ejecutante del derecho a continuar prestando servicios por cuenta y orden del empresario y a percibir la consiguiente retribución, a no ser que hubiera optado éste por exonerarle del trabajo, abonando salarios, de igual modo. Aun cuando la interpretación constitucional es clara y constante, habría que plantearse la oportunidad de mantener la referida autonomía cuando la sentencia de despido ejecutada provisionalmente se hubiera dictado vulnerando un derecho fundamental de la empresa demandada. En esta línea, el voto particular de la STC 266/2000, que aludirá a la conciliación teórica entre las ideas de provisionalidad de la ejecución y, en contraste, pero en simultaneidad lógica con ella, no sólo la de la absoluta inmunidad de lo ya ejecutado, sino también, la subsistencia para el futuro de la ejecutabilidad del título anulado⁶⁴.

En cualquier caso, el título ejecutable es solamente la sentencia, dejando fuera conciliaciones extrajudiciales o judiciales y también autos resolutorios de la relación laboral, al imposibilitarlo la propia naturaleza de las cosas, pues no es posible acordar el abono de salarios posteriores en ejecución provisional de una resolución que declara extinguida la relación laboral⁶⁵. Precisado lo anterior, no todas las sentencias de despido o, en sentido más amplio, de extinción del contrato de trabajo son objeto de ejecución provisional con arreglo al régimen fijado en los arts. 297 y ss. LJS. Así:

-Serán ejecutadas provisionalmente las sentencias dictadas en *«procesos donde se ejerciten acciones derivadas del despido o de decisión extintiva de la relación laboral»*. Ello incluye los supuestos de despido disciplinario, colectivo y por causas objetivas y excluye los supuestos derivados de la extinción instada al amparo de los arts. 40 y 41 ET y de la extinción del contrato por voluntad del trabajador del art. 50 ET⁶⁶; éstas podrán, no obstante, ser objeto de la ejecución provisional prevista en el art. 303.3 LJS.

⁶³ STCT 25-5-1984.

⁶⁴ La doctrina ha criticado que el valor de derecho fundamental quede sacrificado en aras a la virtualidad de un título procesal, de exclusiva base legal, arbitrado como instrumento de tutela del trabajador, que podría conseguirse mediante otras técnicas protectoras (Blasco Pellicer, A., *Ejecución provisional en el orden social...*, *op. cit.*, pág. 97).

⁶⁵ STS 3 y 20-6 1988.

⁶⁶ STS 7-12-1990, STSJ Andalucía 15-7-1991.

En relación a las sentencias de despido colectivo, es preciso realizar algunas consideraciones adicionales tras las sucesivas reformas operadas en la LJS por el RD Ley 3/2012, la Ley 3/2012, el RD Ley 11/2013 y la Ley 1/2014 y la actualidad judicial del tema. Previamente a aquellos cambios normativos y, en línea con interpretaciones precedentes, la AN habría afirmado que la sentencia colectiva de despido es una sentencia declarativa, en la que sólo cabe declarar la nulidad de la decisión extintiva, sin que quepa condenar al empresario a readmitir a los trabajadores afectados, más los salarios de tramitación, ya que dichas pretensiones deberían satisfacerse, en su caso, mediante los procedimientos del impugnación individual de los despidos del art. 124.11 LJS (actual 124.13 LJS)⁶⁷.

Con las modificaciones que incorpora la Ley 3/2012, el art. 124. 11 LJS expresamente indica que la «...sentencia declarará el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 123 de esta ley». Parece por tanto que, en este caso, estamos ante sentencias de condena ejecutables, pues a ello conduce la remisión al art. 123 LJS. No obstante, tal afirmación, para algunos autores precisa un poco más de reflexión. La redacción del art. 124.11. 4º LJS seguía mencionando un pronunciamiento meramente declarativo que podía *transformarse* en un nuevo pronunciamiento de condena en los términos del art. 123.1 y 2 por el efecto vinculante de la sentencia colectiva, lo que no significa que esta sentencia incluyese ya necesariamente la condena. Por otra parte, para que la sentencia colectiva pudiera ser ejecutable tendrían que introducirse en el proceso a través de la demanda los factores de individualización del art. 157.1 a) LJS (algo complicado), aparte de que la individualización es muy difícil desde el momento en que no cabe discutir en ese proceso las preferencias en el cese. Sin esos factores de individualización no es posible establecer una condena, en la que tendrían que fijarse los trabajadores incluidos en la misma y determinarse las condiciones de readmisión. El argumento de la aplicación analógica del art. 151.11 LJS olvidaba que en esa modalidad procesal pueden y deben insertarse pretensiones individuales por la vía del emplazamiento de los interesados (art. 151.5 LJS) o por la de la acumulación (art. 32.3 LJS), lo que no sucede con la modalidad colectiva del art. 124 LJS. Ello lleva a concluir que no estamos ante una laguna que hubiera que integrar, sino ante la exclusión del

⁶⁷ SAN 25-6-2012. En esta línea, expresará Desdentado Bonete que la sentencia será declarativa porque sus efectos se agotan normalmente en la calificación del despido sin imponer la condena a cumplir una obligación determinada en todos sus elementos (SSTS 11-10-2011 y 20-3-2012) (“Problemas procesales del despido colectivo en la doctrina del Tribunal Supremo”, AA.VV. [García Murcia], *Libro Homenaje al Magistrado Antonio Martín Valverde*, 2014, p. 13).

supuesto no mencionado y en este sentido es significativo que el nº 2 del art. 247 LJS sobre la ejecución de la sentencia colectiva, no incluyera en ese momento la ejecución de la sentencia colectiva de despido⁶⁸.

Tal era la situación hasta el RD 11/2013 que con la modificación operada en el art. 247.2 LJS deja claro que la ejecución de sentencias firmes regulada en el precepto (ejecución en conflictos colectivos) será aplicable a los supuestos de despido colectivo en los que la decisión empresarial colectiva haya sido declarada nula. Aun siendo éste el tenor legal, ya manifiesta la doctrina que la solución es cuestionable y va a tener dificultades importantes de aplicación. Si no se introducen en el proceso los factores de individualización del art. 157. 1 a) LJS, parece que la sentencia no será ejecutable de acuerdo con el propio régimen que se desprende del precepto y de los artículos 160.3 y 247.1 LJS. Sin embargo, si se incorporan estos factores tanto en la demanda como en el fallo, se habrá introducido en el proceso colectivo una notable complejidad que puede resultar incompatible con la celeridad que debe tener la tramitación de un despido colectivo. Pese a ello y, en conclusión, la sentencia de despido colectivo es meramente declarativa salvo en el caso de apreciación de la nulidad del despido, supuesto en el cual puede convertirse en una sentencia de condena, si se han incorporado los factores de individualización necesarios para concretar la condena y si ésta se incluye en el fallo⁶⁹.

En cualquier caso, el tenor legal limita aquella posibilidad a las sentencias firmes de despido colectivo del art. 124 LJS que declaren la nulidad del despido y ya algunos autores han manifestado que no cabría su extensión a la ejecución provisional, ni siquiera por analogía⁷⁰. Ante ello, parecería lógico mantener que la ejecución provisional de sentencias de despido colectivo se limitará a los supuestos de impugnación individual de la decisión empresarial extintiva (art. 124.13 LJS, en los supuestos y con los plazos allí fijados) siempre que se hubiera declarado la improcedencia con readmisión o la nulidad y se hubiera interpuesto recurso.

No obstante, la cuestión dista de estar clara y más aún tras recientes pronunciamientos judiciales que inclinan la balanza justo al lado contrario, esto es, al de la admisibilidad de la ejecución provisional de sentencias de despido colectivo impugnado colectivamente, declarado judicialmente nulo. Así, la reciente SAN 12-6-2014 (Rº 79/2014, Asunto *Coca-Cola*) se muestra favorable

⁶⁸ En esta línea, ATS 23-7-2013, SSTS 25-11-2013 y 28-1-2014. No obstante, ésta última con voto particular favorable a la ejecución en conexión a la vulneración de derechos fundamentales.

⁶⁹ Desdentado Bonete, A., "Problemas procesales del despido colectivo...", *op. cit.*, ps. 14 y 15.

⁷⁰ Doctor Sánchez-Migallón, R., "La ejecución de sentencia en el procedimiento de despido (art. 124 de la LRJS)", AL, nº 2, 2014, p. 3.

a la ejecución provisional de la sentencia que declara la nulidad del despido colectivo en base al tenor literal del art. 113 LJS: «*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 art. 297 tanto si fuera recurrida por el empresario como si lo fuera por el trabajador*» (FJ 21). En la misma línea, el AAN 20-11-2014 admite la ejecución provisional en base a la consideración de que si la sentencia de despido colectivo es de condena y cabe su ejecución definitiva, también ha de admitirse la ejecución provisional y ello obliga a los condenados solidarios⁷¹ a elegir entre readmitir a los ejecutantes en las condiciones que regían con anterioridad a su despido o abonarles su retribución sin exigirles la prestación de servicios, conforme al art. 297 LJS⁷².

Con fecha 1-12-2014 las empresas condenadas comunican a la Sala su decisión de exigir la prestación de servicios laborales de sus respectivos trabajadores a los que se refiere la ejecución provisional durante la tramitación del recurso de casación interpuesto ante el TS contra la SAN 12-6-2014. Ahora bien, las demandadas optaron por la readmisión pero lo hicieron en sus propios términos únicamente para 41 trabajadores, mientras que a los demás se les notificó la decisión de reincorporarles a centros de trabajo distintos a los de origen (lo que les obligaba a cambiar de residencia), al estar cerrados éstos y ser imposible su reincorporación a los mismos. Aun así, las empresas condenadas defendían que se había cumplido escrupulosamente con lo dispuesto en el AAN 20-11-2014, por entender que el concepto de readmisión irregular es un concepto jurídico indeterminado que no comporta una foto fija de forma que, si la readmisión en el mismo centro de trabajo ha devenido imposible por el cierre de los centros, cabe la readmisión en aquellos centros en los que sea posible, sin que dicha medida comporte una movilidad geográfica colectiva, porque está causada en el cumplimiento de auto ejecutado provisionalmente, pudiendo readmitir cualquiera de las condenadas, por cuanto la condena fue solidaria. Frente a ello, el AAN 22-1-2015, sostiene con buen criterio que la imposibilidad de readmisión en los propios términos en ejecución provisional no tiene más alternativa que el abono de los salarios sin exigencia de contraprestación profesional, de conformidad con el art. 1134 CC donde se precisa que el deudor perderá el derecho a elección cuando de las prestaciones a que alternativamente estuviese obligado, sólo una fuera reali-

⁷¹ Coca Cola Iberian Partners, S.A. (CCIP), Cobega Embotellador S.L.U., Compañía Norteña de Bebidas Gaseosas, S.A., Compañía Levantina de Bebidas Gaseosas S.A., Refrescos envasados del Sur S.A.U., Compañía Castellana de Bebidas Gaseosas S.L., Bebidas Gaseosas del Noroeste S.A., y Compañía Asturiana de Bebidas Gaseosas S.A.U.

⁷² Sobre el contenido específico de esta ejecución provisional, *vid.* epígrafe siguiente.

zable. En definitiva, el Auto exime a todos los trabajadores que no hubieran sido readmitidos en las mismas condiciones en que prestaban sus servicios antes del despido, a acudir a sus nuevos centros de trabajo y se condena a las empresas ejecutadas a estar y pasar por dicha medida, así como a continuar abonándoles los salarios de sustanciación hasta la resolución del recurso de casación, sin exigirles contraprestaciones profesionales, así como a darles de alta en la Seguridad Social y a cotizar durante dicho período⁷³.

En todo caso, como anunciamos, la ejecución provisional de los arts. 297, 300 y 302 LJS es aplicable a aquellos supuestos en los que el proceso declarativo se resuelve con la obligación de readmisión y no lo es cuando se concreta en una obligación de indemnización. En todo caso, la sentencia habrá de ser recurrida siendo indiferente que el recurrente sea el trabajador o el empresario.

Problemático se presenta el supuesto ya referido en el que la sentencia de suplicación revocatoria o anulatoria de la de instancia, fuera recurrida en casación. Para la mayoría de la doctrina, ello tendría un efecto inmediato sobre el fallo de instancia para concluir la ejecución provisional pues, un fallo condenatorio, sometido a recurso, es el fundamento indispensable para esta ejecución. Y, en este segundo estadio o fase, el fallo sometido a recurso es absolutorio. Como es lógico, será el ejecutado provisional quien acudirá al juzgado o tribunal a solicitar que se deje sin efecto la resolución que acordó la ejecución provisional y, así como para acordar la ejecución provisional la Ley prevé que las partes sean oídas, también deberá serlo el ejecutante, cuando el ejecutado acuda a solicitar la extinción de la ejecución, tras lo cual, el órgano judicial acordará «*lo que proceda*»⁷⁴. Así, la obligación de readmisión, impuesta por sentencia, puede quedar sin efecto por otra sentencia que no tenga la condición de firme, al poder interponerse contra ella otro recurso. El pronunciamiento de readmisión ya no se mantiene, con lo cual, la ejecución provisional habría de concluir⁷⁵.

⁷³ Recuerda el Auto, por otro lado, que en ejecución provisional sólo cabe resolver sobre los extremos referidos, sin que quepa pronunciarse, en este momento, sobre las consecuencias que tendrá el cierre de las factorías de Fuenlabrada (Madrid), Colloto (Asturias), Alicante y Palma de Mallorca (Islas Baleares), caso de confirmarse la SAN 12-6-2014, por cuanto dicha cuestión habrá de resolverse, en su caso, en ejecución definitiva (FJ 6).

⁷⁴ Montero Aroca, J., Marín Correa, J.M., *La ejecución provisional de sentencias...*, *op. cit.*, p. 145.

⁷⁵ García Paredes, M.L., “Artículo 295” y “Artículo 298”, en AA.VV. (De La Villa), *Ley de Procedimiento Laboral...*, *op. cit.* ps. 1971 y 1990.

2.3.1. Sentencias que declaran el despido nulo o improcedente con readmisión. Contenido de la ejecución provisional

La ejecución provisional de sentencias que declaran el despido nulo o improcedente con readmisión se concreta en un contenido mínimo consistente en la obligación del empresario de abonar los salarios mientras dure el recurso (salarios de sustanciación), en un contenido adicional, que depende de la voluntad del empresario consistente en la necesidad de que el trabajador continúe prestando sus servicios en la empresa y, en tercer lugar, en un contenido imprescindible, sólo en los casos en los que el trabajador sea representante de los trabajadores consistente en la garantía del ejercicio de las funciones representativas⁷⁶. En base a ello se afirma que, en casos de despido, la ejecución provisional es singular en la medida en que el empresario condenado no está obligado al cumplimiento íntegro de la sentencia de instancia sino sólo al abono de una renta que procure al trabajador el sustento necesario mientras se tramita el recurso, en la misma cuantía que la de los salarios que ganaba en el momento en que el despido se produjo.

En cuanto al plazo para realizar la petición o solicitud, silencio en la norma, pero tal cuestión ha de ser puesta en conexión con la obligatoriedad del contenido retributivo de la ejecución. Así, podrá instar el trabajador la ejecución provisional en cualquier momento de la tramitación del recurso, por ser el favorecido por la sentencia, incluso con efectos retroactivos, es decir, con derecho a percibir salarios por el periodo anterior a la solicitud, lo cual parece excesivo⁷⁷ a menos que se trate no de los salarios de sustanciación (entre sentencia de condena y sentencia que resuelve el recurso) sino de salarios de tramitación (entre despido y sentencia de instancia) en los casos en los que legalmente procedan⁷⁸. En cambio, respecto del empresario, aunque su posibilidad –la prestación de servicios por el trabajador– no es inherente a la ejecución provisional sino potestativa, su plazo, ante la ausencia de previsión al respecto, será el mismo, esto es, durante la tramitación, produciendo efectos a partir de la solicitud. Junto a ello, es preciso cuestionar hasta dónde llega el periodo sujeto a ejecución provisional –y, la obligación de abonar la retribución correspondiente.

⁷⁶ Rojas Rivero, G.P., *El proceso de ejecución laboral*, op. cit., pág. 486.

⁷⁷ García Paredes, M.L., “Artículo 296”, en AA.VV. (De la Villa), *Ley de Procedimiento Laboral...*, op. cit., p. 1979., STSJ País Vasco 11-12-1992. En contra, STSJ Andalucía 7-5-1999.

⁷⁸ Otros autores mantienen, sin embargo, una interpretación diversa al entender que si se trata de despido nulo la obligación retributiva comienza con la notificación de la sentencia que así lo declara y, en los improcedentes, en el momento de la opción por la readmisión (Blasco Pellicer, A., *Ejecución provisional en el orden social...*, op. cit., p. 74).

La respuesta más lógica es el instante en que se notifica la sentencia resolutoria del recurso desechándose aquella que lo sitúa cuando el empresario tiene cabal y efectivo conocimiento de su existencia pues ello supondría que el empresario seguiría abonando cantidades aun a pesar de haberse resuelto el recurso, con lo que *de facto* se prolongaría parte del contenido de la ejecución provisional⁷⁹. Por otra parte, se plantea si es posible para el trabajador solicitar el abono de los salarios debidos durante la sustanciación del recurso, una vez resuelto. Si la sentencia fuera confirmada no parece haber problema pero si fuera revocada, la doctrina judicial se ha mostrado en contra⁸⁰ lo que, en opinión de algunos autores, puede chocar con la aludida autonomía de la ejecución provisional⁸¹.

La obligación retributiva viene referida en el art. 297 LJS «*el empresario vendrá obligado, mientras dure la tramitación del recurso, a satisfacer al recurrido la misma retribución que venía percibiendo con anterioridad a producirse aquellos hechos*». La jurisprudencia entiende que serán inaplicables, durante la ejecución provisional y mientras dure el recurso, los incrementos salariales producidos por disposición legal o convencional (a diferencia de lo que ocurre en los supuestos de incumplimiento de la readmisión por el empresario en la ejecución en sus propios términos *ex art. 284 a]* LJS) porque no pueden reconocerse al trabajador salarios más altos que los establecidos en la sentencia de cuya ejecución se trate ya la obligación del empresario está tasada en la ley en términos literales que no dejan lugar a dudas⁸². Sin embargo, tal respuesta judicial es criticable pues, cuando la prestación salarial lleva aparejada la prestación laboral de servicios del trabajador por decisión del empresario, tal tratamiento salarial podría chocar con el principio de igualdad y no discriminación⁸³. Ante la prestación de *servicios reales* (en contraposición con los *servicios ficticios*) se aboga por llevar a cabo una adecuada interpretación de los términos «*misma retribución*» para referirlos, no a la cantidad dineraria anteriormente recibida, sino a las circunstancias laborales que determinaban lo efectivamente pagado⁸⁴. También, en esta

⁷⁹ Gárate Castro, J., *Los salarios de tramitación: Un estudio de las percepciones salariales unidas a la declaración de improcedencia o nulidad del despido*, Acarl, 1994, p. 229.

⁸⁰ STS 17-7-1993, SSTSJ Madrid 7-3-1991 y 16-7-1999.

⁸¹ Blasco Pellicer, A., “La ejecución provisional”, Albiol Ortuño, *et alii*, *Derecho Procesal Laboral*, *op. cit.*, p. 609.

⁸² STS 19-6-1998.

⁸³ Martínez Jiménez, J.M., Vela Torres, J., “Artículo 295”, en AA.VV. (Monereo/Moreno/Gallego), *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, *op. cit.*, pág. 1783, García Paredes, M.L., “Artículo 295”, en AA.VV. (De La Villa), *Ley de Procedimiento Laboral....*, *op. cit.* p. 1972.

⁸⁴ Montoya Melgar, Ríos Salmerón, “Artículo 297. Ejecución provisional de la sentencia que declare la improcedencia o nulidad del despido”, en AA.VV. (Sempere), *Comentarios a la Ley*

línea, algunos autores entienden que si la obligación salarial que tiene el empresario no es pasada, sino actual, el trabajador tiene derecho a esos salarios tanto si trabaja como si –por preferirlo el empresario-, queda inactivo. Sería injusto que las exigencias de rendimiento fueran actuales y se le negara, sin embargo, la actualización de sus derechos retributivos⁸⁵. No en vano, previamente, el TS se había pronunciado en términos diversos, afirmando que puesto que el contrato de trabajo sigue desplegando toda su virtualidad, de existir unos niveles salariales superiores a los vigentes cuando fue despedido, naturalmente, el trabajador tiene derecho a esos aumentos y la empresa obligación de satisfacerlos⁸⁶. También en esta línea, se esgrimen, argumentos adicionales aludiendo a 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 en los dos primeros casos los efectos de la sentencia operan de tal modo que la relación 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 salario⁸⁷. Respecto de la obligación de prestación de servicios, ante el no establecimiento por la ley de plazo para efectuar esta opción por empresario, hay que entender que, dado que la obligación ineludible es la de abono de salarios, la no realización por parte de la empresa de actividad alguna tendente a la incorporación del trabajador, equivale a una decisión en sentido negativo a la misma. Si, pese al requerimiento empresarial, el trabajador decidiera no prestar servicios, perdería su salario y tampoco tendrá derecho a prestación por desempleo que se encuentra suspendida *ope legis*⁸⁸.

En virtud del art. 298 LJS, la petición de ejecución provisional puede presentarse por el trabajador, por escrito o por comparecencia, con el fin de

de la Jurisdicción Social, op. cit., pág. 1665. En línea similar, previamente, Gorelli Hernández, J., *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*, Tecnos, 1995, p. 245.

⁸⁵ González Velasco, J., *Los derechos laborales y su tutela provisional...*, *op. cit.*, pág. 80. Por su parte, confirmada la sentencia, los salarios devengados durante la sustanciación del recurso podrán ser solicitados, una vez firme la sentencia, en la ejecución definitiva en base a que el salario a que tiene derecho el trabajador durante la sustanciación del recurso, si no lo ha percibido en dicha fase -porque él mismo no lo ha pedido y porque tampoco lo haya hecho el empresario, que no ha deseado compensarlo con el trabajo- dejó ya de ser 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 de forma definitiva y se incluyen en la ejecución todas las cantidades a que tiene derecho el trabajador (Blasco Pellicer, A., *Ejecución provisional en el orden social...*, *op. cit.*, p. 87).

⁸⁶ SSTS 25-10-1982 y 7-12-1990.

⁸⁷ Andino Axpe, F., *Ejecución en el orden jurisdiccional social, op. cit.*, p. 489.

⁸⁸ Blasco Pellicer, A., *El régimen procesal del despido, op. cit.*, p. 335.

exigir del empresario el cumplimiento de aquella obligación o partir la solicitud de éste para que aquél reanude la prestación de servicios. Ante ello, el juez o Sala, oídas las partes, resolverá lo que proceda:

-«*Oídas las partes*», puede concretarse en dos alternativas: la posibilidad de que se dé traslado de la solicitud a la contraparte para que alegue lo que estime oportuno, o bien, trasladada aquélla a la contraparte, celebrarse una comparecencia en la que las partes puedan alegar lo pertinente y probar en torno al cumplimiento o no de las obligaciones en que consiste la ejecución provisional. La doctrina se inclina por esta segunda posibilidad que permite una adecuada defensa de las partes y que el órgano judicial se instruya sobre los hechos. Por tanto, habría de celebrarse una comparecencia en la que serán aplicables las reglas del incidente de no readmisión⁸⁹.

-«*El juez o Sala resolverá lo que proceda*», pese a la aparente amplitud que se deduce del tenor literal de la norma, la resolución que se puede adoptar está delimitada por la propia ejecución provisional y por la solicitud de la parte interesada. Si la solicitud partió del trabajador, la petición tendría como objetivo que el empresario cumpliera la obligación de abono de salarios con o sin prestación de servicios. Si, por el contrario, fuera el empresario el que solicita la ejecución provisional, ésta tendrá como finalidad la obtención de una declaración judicial que deberá precisar si el trabajador se reincorpora a su puesto durante la tramitación del recurso con derecho a percibir salarios o si el trabajador ha optado por no reincorporarse durante el mismo y ha renunciado a los salarios. Por tanto, el órgano judicial habrá de pronunciarse sobre el carácter justificado o injustificado de la negativa del trabajador a prestar servicios. Podrían plantearse incidentes más tarde cuando el empresario quisiera que constara que el trabajador no acude incurriendo en la pérdida de los salarios o si elige el abono sin contraprestación de servicios, que quede constancia de que éste está trabajando para terceros o cuando el trabajador se queja de que la readmisión ha tenido lugar en condiciones inadmisibles (readmisión irregular [con cambio de funciones, traslado o desplazamiento...]). Ante ello, apunta la doctrina la aplicación del art. 238 (plazo de cinco días para citar a las partes a partir de la solicitud⁹⁰ o del propio art. 298 LJS⁹¹). Es esta segunda opción la mantenida por el TS que estima que aquella intervención judicial se

⁸⁹ Blasco Pellicer, A., *El régimen procesal del despido*, op. cit., p. 343.

⁹⁰ Rojas Rivero, G.P., *La ejecución de sentencias...*, op. cit., p. 66, Segoviano Astaburuaga, M.L., “Artículo 299. Incumplimiento del trabajador del requerimiento empresarial de readmisión”, en AA.VV. (Folguera/Salinas/Segoviano), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, op. cit., p. 1102.

⁹¹ García Paredes, M.L., “Artículo 295” y “Artículo 298”, en AA.VV. (De La Villa Gil), *Ley de Procedimiento Lab.oral...*, op. cit., p. 1981, Cruz Villalón, J., “La ejecución provisional...”, op. cit., p. 74.

concretará en la condena al abono de posibles salarios no pagados o el reconocimiento del derecho a la retribución sin contraprestación de trabajo⁹² incluido el supuesto de readmisión irregular, en el que el juez habría de declarar la exoneración de la prestación de servicios del trabajador y el mantenimiento de la obligación retributiva para el empresario⁹³.

Ante el cuestionamiento relativo a si la no incorporación del trabajador podría amparar la calificación de procedencia de un nuevo despido efectuado por el empresario, los pronunciamientos de los TSJ están enfrentados y llegan a conclusiones diversas: unos admiten tal despido procedente por circunstancias objetivas en la medida en que la vinculación contractual persiste y, están, por tanto, vivos los deberes que afectan a las partes⁹⁴ y, otros, llevan a cabo una interpretación restrictiva del art. 299 LJS, al ser un precepto de carácter sancionador que regula de forma precisa las consecuencias del incumplimiento del trabajador⁹⁵. En esta línea también, la doctrina mayoritaria, que defiende que la no reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo no legitima al empresario para ejercer su potestad disciplinaria ni para dar por extinguido el contrato por desistimiento o abandono, sino que quedará obligado a solicitar del Juzgado o Sala que emplace a las partes al efecto de precisar la situación jurídica del demandante, resolviéndose por auto si el trabajador se reincorpora a su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido o si desiste de reincorporarse mientras dura la sustanciación del recurso, con la consiguiente pérdida de salarios⁹⁶. Ahora bien, es claro que resulta posible despedir durante la ejecución provisional por hechos nuevos y distintos de los que sirvieron para el despido cuya sentencia se ejecuta provisionalmente porque la readmisión provisional no está reñida con la necesidad de mantener los deberes inherentes al contrato de trabajo⁹⁷.

⁹² STS 19-5-1998. También, STSJ Comunidad Valenciana 16-6-2000.

⁹³ Blasco Pellicer, A., *Ejecución provisional en el orden social...*, op. cit., p. 80. La ley no autoriza al trabajador a dejar de prestar servicios unilateralmente sino que debe acudir al órgano judicial quien, tras el oportuno incidente, decidirá lo procedente, incluso, la autorización para dejar de prestar servicios (STSJ Galicia 19-7-1999). Éste fue precisamente el resultado del AAN 22-1-2015 (ejecución provisional irregular SAN 12-6-2014, Asunto *Coca Cola*. Vid., supra, epígrafe 2.3).

⁹⁴ STSJ Galicia 19-7-1996, STSJ Cataluña 22-1-2001.

⁹⁵ STSJ Extremadura 1-9-1998, STSJ Comunidad Valenciana 29-9-2004, STSJ Galicia 28-6-2008, STSJ Cataluña 20-9-2011, STSJ Madrid 14-10-2011.

⁹⁶ Iglesias Cabero, M., et alii, *El Proceso Laboral...*, op. cit., p. 1038, García Paredes, M.L., "Artículo 297", en AA.VV. (De La Villa), *Ley de Procedimiento Laboral...*, op. cit., p. 1985, Rojas Rivero, G.P., *La ejecución de sentencias en la Ley 36/2011...*, op. cit., p. 63.

⁹⁷ STC 78/1982.

Resulta dudosa, por otra parte, la cuestión de la posible detracción de salarios por percepciones del trabajador en otro empleo, admitida, a nivel doctrinal y judicial. En principio, parece posible que el trabajador pueda dedicar su tiempo a otra ocupación en el caso de que no sean requeridos sus servicios por el empresario⁹⁸. La existencia de ingresos por otro empleo, no es incompatible con la primera relación laboral, siempre que haya existido una puesta a disposición del trabajador y la prestación en otro empleo no contradiga las obligaciones derivadas de la relación laboral en ejecución (al margen de la no prestación de servicios). En tales casos, el empresario solicitaría al órgano judicial la exoneración salarial total o parcial –si lo percibido en el otro empleo fuera menor– pues, de lo contrario, nos situaríamos ante un enriquecimiento injusto del trabajador⁹⁹ por aplicación del art. 56.2 ET previsto para los salarios de tramitación en casos de despidos improcedentes con readmisión¹⁰⁰. No obstante, conviene no perder de vista que aquel precepto está pensado para un supuesto diverso y la obligación retributiva en la ejecución provisional de sentencias de despido responde a otra lógica (el empresario debe salarios de sustanciación porque prefiere no incorporar al trabajador pese a tener la obligación legal de hacerlo). Sería éste un argumento válido para no defender la deducción de salarios obtenidos en otro empleo. Junto a ello, es indudable la no deducción si la situación de pluriempleo fuera perfectamente posible, esto es, prestación de servicios en ambas empresas.

A diferencia de lo que ocurre con el incumplimiento del trabajador, nada dice la norma sobre las consecuencias de un incumplimiento del empresario en sede de ejecución provisional de sentencias de despido. Esto es, no se recogen los efectos de la falta de pago de los salarios por parte del empresario durante la tramitación del recurso contra una sentencia favorable al trabajador. Ahora bien, dado que empresario y trabajador tienen la obligación de dar cumplimiento a sus respectivas obligaciones para que la ejecución pueda llevarse a cabo, sólo el incumplimiento de una de las partes liberará a la otra de su obligación. Si el incumplimiento se concreta en aquella falta de pago puntual de los salarios de sustanciación, se podría plantear por el trabajador un incidente en el que, con los medios de prueba adecuados, se comprobara el alcance del irregular incumplimiento del pago de los salarios y, a la vista del resultado, que se adoptara por el

⁹⁸ Gorelli Hernández, J., *El cumplimiento específico...*, *op. cit.*, pág. 246, Navarro Nieto, F., *La ejecución provisional de la readmisión...*, *op. cit.*, pág. 164. En esta misma línea, sostendrá Blasco Pellicer que el simple hecho de la negativa empresarial a la utilización de servicios por parte del trabajador no puede ser título suficiente para la inactividad (*Ejecución provisional en el orden social...*, *op. cit.*, p. 78).

⁹⁹ En este sentido, Ortiz Lallana, C., *La ejecución de las sentencias de despido*, *op. cit.*, p. 77.

¹⁰⁰ SSTs 2-12-1992 y 31-1-1996.

juez una decisión que podría llegar a liberar, también, de la prestación de servicios, si el incumplimiento supone una manifestación de un comportamiento empresarial impeditivo de una ejecución provisional regular. En definitiva, el efecto que puede provocar la falta de pago de los salarios de sustanciación es el de liberar al trabajador de la obligación de prestar servicios, aunque el empresario le haya requerido a tal fin¹⁰¹. En tal caso, aun cuando la norma no indica nada en este sentido, parece lógico pensar que la ejecución provisional habría de darse por concluida (el juez «resolverá lo que proceda» ex art. 298 LJS) y permitir el acceso a las prestaciones por desempleo, esto es, la reanudación del pago de la prestación por desempleo suspendida durante aquélla.

En todo caso, por tanto, para solventar las reclamaciones relativas a incumplimientos de sus obligaciones por el empresario, el cauce procesal adecuado será el art. 298 LJS y no el que da lugar el ejercicio de la acción resolutoria del art. 50 ET, al tratarse del procedimiento previsto específicamente en la Ley cuando el empresario ha ejercitado la opción de readmisión¹⁰². En esta línea, no es posible que la ejecución provisional concluya con una declaración de extinción de la relación laboral, aunque se invoque y acredite una irregular reanudación de la relación laboral¹⁰³.

Por último, la confirmación de la sentencia ejecutada provisionalmente por la sentencia firme permite la ejecución definitiva del pronunciamiento resolutorio del recurso y los salarios percibidos durante la ejecución provisional habrán de descontarse de la liquidación definitiva que se practique¹⁰⁴. Si, por su parte, se confirmara la improcedencia pero se elevase la indemnización podría haber cambios en el sentido de la opción (ex art. 111.1 LJS). Si se opta ahora por la readmisión, ésta retrotrae sus efectos a la fecha de la elección de la instancia y si el despido se hubiese declarado nulo, la opción hecha en la instancia se entiende no realizada (art. 111.2 LJS) y los salarios se deberán abonar hasta que tenga lugar la readmisión.

¹⁰¹ García Paredes, M.L., “Artículo 297”, en AA.VV. (De La Villa), *Ley de Procedimiento Laboral...*, op. cit., p. 198. Insiste también en esta reciprocidad, Rojas Rivero (*El proceso de ejecución laboral*, op. cit., p. 485). En cualquier caso, los salarios de sustanciación ya debidos se obtendrían en ejecución definitiva.

¹⁰² STS 19-5-1998, STSJ Comunidad Valenciana 16-6-2000, STSJ Comunidad Valenciana 19-7-2006, STSJ Cantabria 7-3-2008.

¹⁰³ STSJ Asturias 7-3-2003, STJS Andalucía 5-6-2003. Garate Castro, J., *Los salarios de tramitación...*, op. cit., STSJ Comunidad Valenciana 25-4-2002.

¹⁰⁴ Blasco Pellicer, A., “La ejecución provisional”, en Albiol Ortuño, *et alii*, *Derecho Procesal Laboral*, op. cit., p. 611.

2.3.2. *Ejecución provisional de sentencias que declaran la nulidad o improcedencia del despido que se concretan en el pago de cantidades*

Serían supuestos encuadrables en la ejecución vía anticipos reintegrables del art. 301 LJS al tratarse de sentencias que declaran la nulidad o improcedencia del despido que se concretan en el pago de cantidades los siguientes:

a) Despido declarado improcedente que condena al pago de una indemnización pues se ha optado por ello. La LJS ya no deja lugar a dudas y despeja las que se plantearon en el pasado sobre la posibilidad de recibir anticipos reintegrables con cargo a la indemnización por despido tras haber eliminado de los arts. 111.1 b) y 112.1 b) LJS la dicción «*no procederá la ejecución provisional de la sentencia*» durante la sustanciación del recurso en supuestos de despido declarado improcedente con opción de indemnización, sin que procedan salarios de tramitación (salvo representante de los trabajadores).

b) Despido improcedente en el que la opción fue por la readmisión, generándose, por tanto, el derecho al abono de los salarios de tramitación desde el despido hasta la notificación de la sentencia que declare la improcedencia con el límite del 50% del importe de la condena siempre que no exceda del doble del salario mínimo interprofesional. Junto a ello ha de incluirse el supuesto de sentencia que declara despido improcedente en la que se opta por indemnización y que es recurrida. El recurso confirma la sentencia de instancia en la calificación del despido pero eleva la cuantía de la indemnización y ello determina el cambio de opción por el empresario (readmisión). Se plantea nuevo recurso y aquella readmisión implicará el derecho a abono de los salarios de tramitación (desde la primera opción hasta la readmisión) que serán objeto de abono vía ejecución provisional de sentencia.

Por su parte, si el empresario hubiera optado por la indemnización en la instancia en caso de despido improcedente y, en suplicación, el despido se declara nulo, los efectos de la nulidad son absolutos y alcanzan a la opción empresarial en instancia a favor de la indemnización pues, como acabamos de afirmar, la opción por la indemnización se tiene por no realizada (art. 111.2 LJS). Si el trabajador ya hubiera recibido la indemnización vía anticipos reintegrables, dicha cantidad se aplicaría, probablemente, a satisfacer nuevos créditos derivados de la nueva ejecución y, especialmente de los salarios dejados de percibir, que ahora sí se devengarán ante la obligatoria readmisión.

c) Despido declarado nulo que, junto a la condena de readmisión, lleva aparejado el derecho al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta el momento en que aquélla se produjo.

En los tres últimos supuestos referidos (ante el planteamiento de recurso y la condena de readmisión), habría que admitir dos ejecuciones provisionales –con dos regímenes normativos diversos– que tienen su base en la misma

sentencia de condena: una por la vía de las sentencias que condenan a la readmisión (arts. 297-300 LJS) y otra por la vía de los anticipos reintegrables (arts. 289-293 LJS por remisión del art. 301 LJS)¹⁰⁵. De la dicción legal «*casos en los que no proceda la aplicación de las normas de ejecución provisional establecidas en este Capítulo*» no podemos deducir la imposibilidad de aplicar ambos regímenes pues, otra opción interpretativa impediría la ejecución provisional laboral de la condena al abono de los salarios dejados de percibir en casos de despido nulo y de salarios de tramitación en caso de despido con readmisión (o, eventualmente, también indemnización, si representante de los trabajadores). Ello nos conduciría, además, a la aplicación del régimen normativo de la ejecución provisional de la LEC por remisión del art. 305 LJS, opción ésta mucho más gravosa para el trabajador.

Por tanto, en supuestos de readmisión, en despidos improcedentes y nulos, cabría reclamar salarios de tramitación y salarios dejados de percibir, respectivamente, y, además, ante el incumplimiento empresarial, salarios de sustanciación sin que sea posible que se superpongan ambos en los mismos períodos, caso en el que habría de procederse a su deducción¹⁰⁶, amén de la regularización oportuna en materia de prestaciones por desempleo por el período en que se tenga derecho a ellas. Así, habrán de deducirse de las cantidades que por los conceptos referidos se abonen las que, en su caso, hubiera percibido el trabajador en concepto de prestación por desempleo. Esa cantidad y la correspondiente a la aportación empresarial a la Seguridad Social por dicho trabajador habrá de ser ingresada en la Entidad Gestora y, a efectos de un futuro derecho a protección por desempleo, este periodo se considerará de ocupación cotizada (art. 111.1 b) LJS). De cualquier forma, aquella prestación por desempleo no es una nueva prestación diferenciada de la que se obtiene tras la sentencia firme¹⁰⁷.

d) Supuestos en los que el demandante solicite, antes de la sentencia, desde que le conste que la readmisión no es realizable en la práctica, que el juez acuerde tener por hecha la opción por la indemnización en la sentencia, declarando extinguida la relación laboral en la propia sentencia y condenando al empresario a abonar la indemnización por despido calculada hasta la fecha de la sentencia (art. 110.1.b) LJS).

e) Decisiones extintivas de la relación laboral emitidas por el juez ante la imposibilidad de readmitir al trabajador por cese o cierre de la empresa obligada u otra causa de imposibilidad material o legal que no la hagan posible que se concreten en indemnizaciones *ex art.* 286 LJS.

¹⁰⁵ En sentido similar, Rojas Rivero, G., *El proceso de ejecución laboral*, op. cit., p. 403.

¹⁰⁶ STSJ País Vasco 22-10-2002.

¹⁰⁷ SSTs 10-3 y 17-6-1998.

f) Supuestos de nulidad de despido en contratos temporales correctamente celebrados cuyo plazo de duración haya finalizado en el momento de dictarse la sentencia. En estos casos no sería posible la readmisión del trabajador y éste tendrá derecho al abono de los salarios devengados hasta el momento en que el contrato se hubiera extinguido normalmente por expiración del plazo convenido¹⁰⁸.

g) Supuesto conexo con los que estamos refiriendo es el de las extinciones del art. 50 ET en las que el trabajador opta por cesar en la prestación de servicios en cumplimiento de la sentencia (art. 303.3 LJS) generándose el derecho a la indemnización del despido improcedente y a la ejecución provisional de la misma por esta vía.

2.4. Sentencias recaídas en los procesos de conflictos colectivos, en los de impugnación de los convenios colectivos y en los de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas

Las sentencias que recaigan en los procesos de conflictos colectivos, en los de impugnación de convenios colectivos y en los de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas¹⁰⁹ serán ejecutivas desde que se dicten, sin perjuicio de las limitaciones que pudieran acordarse para evitar o paliar perjuicios de imposible o difícil reparación. Ello supone que el recurso interpuesto lo será a un solo efecto (devolutivo) y no tendrá efecto suspensivo mientras dure el trámite de impugnación; el pronunciamiento judicial ha de ser cumplido desde que la sentencia se dicta pues su eficacia jurídica es inmediata¹¹⁰.

En relación a los procesos de conflictos colectivos, matiza el art. 303.1 LJS la ejecutividad referida «según la naturaleza de la pretensión reconocida» lo que implica que se excluyen las sentencias que sean meramente declarativas. Así, la inmediata ejecutividad provisional de la sentencia de conflicto colectivo va a depender del pronunciamiento de la sentencia (como ya referimos en sede de despidos colectivos) y, si es meramente declarativa, no podrá ser ejecutada directamente sino que necesitará de otro proceso posterior individual en concreción de la condena¹¹¹. En cuanto a las sentencias de condena dictadas en

¹⁰⁸ Martínez Jiménez, J.M., Vela Torres, J., “Art. 299”, en AA.VV. (Monereo/Moreno/Gallego), *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, op. cit., p. 1793.

¹⁰⁹ No incorpora, sin embargo, el precepto la nueva calificación de esta modalidad procesal especial tras la Ley 13/2009 y continúa refiriéndose a la libertad sindical en primer lugar.

¹¹⁰ STC 105/1997.

¹¹¹ STC 92/1988, SSTs 21-11-2001 y 28-5-2002. El art. 303.1 LJS repite el mandato contenido en el art. 160.4 LJS y el número 3 de éste último precepto legal proclama la ejecutividad

procesos de tutela de derechos que contienen específicos pronunciamientos de esta naturaleza como el cese inmediato del comportamiento conculcador de derechos fundamentales, la reposición a la situación anterior a producirse la vulneración de derechos así como la reparación de las consecuencias derivadas de dicho acto, incluida la indemnización, son plenamente ejecutables en ejecución definitiva y provisional, pudiendo exigirse del empresario el inmediato acatamiento de las obligaciones de hacer o no hacer durante la tramitación del recurso y, en cuanto a la indemnización, mediante anticipo reintegrable. La ejecución, por tanto, será coercitiva y reparadora. Ahora bien, el propio art. 303.1 LJS prevé que puedan existir limitaciones para evitar o paliar perjuicios de imposible o difícil reparación, esto es, que puedan adoptarse medidas cautelares, opción, por otra parte, contemplada con carácter general para todos los supuestos de ejecución provisional en el art. 304.2 LJS en garantía y defensa de los derechos afectados y conforme a los criterios establecidos en el art. 79 LJS. Una eventual sentencia revocatoria de la ejecutada provisionalmente parece que en nada habría de afectar retroactivamente a lo actuado en sede provisional si se trata de una obligación de hacer o no hacer. Sin embargo, si se tratara de una obligación de dar o de condena dineraria, algunos autores entienden que habría que restituir conforme a lo previsto en los arts. 533-534 LEC que resulta de aplicación supletoria al no haberse regulado específicamente esta cuestión en la LJS¹¹². Ello podría resultar excesivo y, dado que la reparación está concebida de forma realmente gravosa para el ejecutante (vgr. indemnización por daños y perjuicios), sería lógico pensar en la utilización aquellos criterios pero de forma matizada¹¹³.

inmediata de los pronunciamientos colectivos y ello sin perjuicio de que, si la pretensión es de condena susceptible de ejecución individual, deberá 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, así como especificar la repercusión directa sobre los mismos del pronunciamiento dictado.

¹¹² González Calvet, J., Escudero Moratalla, J.F., Álvarez Moral, D., *La nueva ejecución laboral*, Bosch, 2011, p. 219.

¹¹³ Rojas Rivero, G.P., *La ejecución de sentencias...*, *op. cit.*, p. 72. Otros autores van más allá y mantienen, directamente, que en los supuestos donde se guarda silencio sobre una eventual restitución (obligaciones de hacer o no hacer en materia de Seguridad Social, pleitos colectivos, tutela de derechos) no cabrá devolución ni se agregarán intereses, costas o indemnizaciones por daños y perjuicios al considerar inaplicable la LEC sobre este particular (Ríos Salmerón, B., "La incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil...", *op. cit.*, p. 226).

2.5. Nuevas posibilidades de ejecución provisional de sentencias que incorpora la LJS

2.5.1. Ejecución provisional de sentencias recaídas en procesos de impugnación de actos administrativos en materia laboral, sindical y de Seguridad Social

Conforme al art. 303.2 LJS podrá acordarse la ejecución provisional de sentencias recaídas en procesos de impugnación de actos administrativos en materia laboral, sindical y de Seguridad Social salvo que (también aquí) la misma sea susceptible de producir situaciones irreversibles o perjuicios de difícil reparación¹¹⁴ (*juicio de previsibilidad*¹¹⁵). La vigente ley de ritos laboral abre la puerta a un nuevo supuesto de ejecución provisional de sentencias en el orden social que no contemplaba la LPL ni admitía la doctrina judicial¹¹⁶. El ámbito objetivo de esta modalidad ejecutiva serán las sentencias recaídas en los procesos laborales de impugnación de actos administrativos en materia laboral, sindical y de Seguridad Social no prestacionales del nuevo proceso especial declarativo de los arts. 151-152 LJS¹¹⁷ y también los de impugnación de actos denegatorios de la Administración relativos al registro de actas electorales (arts. 133-135 LJS), a certificaciones de representatividad sindical (art. 136 LJS) o al depósito de estatutos sindicales y de las asociaciones empresariales o a su modificación (arts. 167-172, 176 LJS)¹¹⁸. En cualquier caso, es preciso recordar que aun cuando el art. 303.2 LJS establece una específica modalidad de ejecución provisional de sentencias de condena frente a la Administración Pública, el resto

¹¹⁴ Sobre el tema, González Calvet, J., “La ejecución provisional de sentencias frente a entes públicos en el proceso social”, RDS, nº 66, 2014, p. 82.

¹¹⁵ Cholbi Cachá, F.A., Merino Molins, V., *La ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo e inembargabilidad de bienes públicos*, Lex Nova, 2007, p. 325.

¹¹⁶ En esta línea, la STSJ País Vasco 22-10-1996 declarararía que si en la LPL no se contemplaba la ejecución provisional de las responsabilidades del Estado que nacen de una sentencia definitiva, sino sólo sobre las firmes y la Ley General Presupuestaria no permite otra ejecución que la sentencia firme, «no puede aplicarse al Estado la ejecución provisional».

¹¹⁷ Ramos Belda, A., en AA.VV. (Rodríguez Pastor/Alfonso Mellado), *La nueva Ley de la Jurisdicción Social. Texto adaptado a las modificaciones introducidas por el RD Ley 3/2012, de 10 de febrero*, Bomarzo, 2012, p. 404, González Calvet, J., “La ejecución provisional...”, *op. cit.*, p. 97.

¹¹⁸ La ley procesal laboral no precisa el régimen jurídico de esta nueva modalidad de ejecución que deberá seguir las reglas generales de la ejecución provisional y definitiva de la LJS y las recogidas en normas contencioso-administrativas y civiles que tengan carácter supletorio (González Calvet, J., *op. cit.*, p. 109).

de modalidades de ejecución provisional resultarán igualmente de aplicación para los entes públicos en su condición de empleadores o de entes gestores de la Seguridad Social y ello sin perjuicio de que aparezcan en un momento u otro del trámite ejecutivo sus prerrogativas legales. El órgano judicial que *podrá* acordar la ejecución provisional, habrá de efectuar, en ocasiones, en estos casos, una valoración y optar por la opción más correcta entre dos intereses en conflicto: a) los del particular, que ha obtenido una inicial sentencia favorable, todavía no firme, anulatoria de la actuación administrativa que fue objeto de impugnación en la jurisdicción y b) los intereses generales a cuya satisfacción estaba dirigida la actuación administrativa controvertida.¹¹⁹

2.5.2. Ejecución provisional de sentencias que acuerdan la extinción del contrato de trabajo a instancia del trabajador ex art. 50 ET

En base al art. 303.3 LJS, en supuestos de extinciones contractuales en base al art. 50 ET, si el empresario hubiera recurrido, el trabajador tendría la opción de continuar prestando servicios o cesar en la prestación laboral en cumplimiento de la sentencia, quedando en este caso en situación de desempleo involuntario, sin perjuicio de las medidas cautelares que pudieran adoptarse¹²⁰. Previamente a la incorporación de este precepto con la LJS, la jurisprudencia había venido negando la posibilidad de ejecutar provisionalmente estas sentencias en base al carácter constitutivo de la decisión judicial pero pueden recogerse, al menos tres argumentos para defender que el trabajador pudiera dejar de prestar servicios y pasar a situación legal de desempleo: a) se localizan situaciones excepcionales en las que los tribunales venían justificando el abandono por la especial gravedad de la situación, incluso antes de la interposición de la demanda¹²¹, b) en caso de revocarse la sentencia recurrida, las consecuencias jurídicas resultaban menos gravosas y más fáciles de dejar en su estado anterior que en otros supuestos de despido o de salarios y c) el carácter finalista, protector y compensador de desigualdades que tiene la ejecución provisional que hacía difícilmente comprensible que en este caso en el que el trabajador podía sufrir una situación difícilmente soportable, no se aplicara aquélla¹²².

¹¹⁹ No puede perderse de vista que los arts. 84 y 91 LJCA establecen un principio general favorable a la ejecución provisional de sentencias en congruencia con la presunción de veracidad y acierto que ha de atribuirse a las resoluciones judiciales de instancia (SSTS [3ª] 25-7-2007 y 5-11-1999. También, González Calvet, J., "La ejecución provisional de sentencias...", *op. cit.*, p. 92).

¹²⁰ Así, supuestos de acoso (art. 297.2 LJS) o lesión de derechos fundamentales en los que resultare insoportable para el trabajador seguir prestando servicios.

¹²¹ STC 225/2002, SSTS 23-4-1996 y 7-1-2011.

¹²² Rojas Rivero, G.P., *La ejecución de sentencias en la Ley 36/2011...*, *op. cit.*, p. 74.

Los presupuestos y notas características de la ejecución provisional de sentencias resolutorias del contrato de trabajo a instancia del trabajador serían:

- Sentencia de instancia o suplicación favorable a la pretensión del trabajador que acuerda la extinción de su contrato en base al art. 50 ET y recurso (de suplicación, de casación para unificación de doctrina) interpuesto por el empresario.
- Opción del trabajador entre continuar prestando servicios o cesar en la prestación en cumplimiento de la sentencia. Esta opción deberá ejercitarse en forma y plazo: mediante escrito o comparecencia ante la oficina judicial y dentro del plazo de 5 días desde la notificación de que la empresa ha recurrido¹²³.
- La opción del trabajador en favor del cese en la prestación de servicios implica, además, que éste se encontrará en situación legal de desempleo.

El recurso interpuesto podría confirmar o revocar la sentencia ejecutada provisionalmente:

-La confirmación de la sentencia recurrida revalida la decisión extintiva del trabajador acordada por el juez y, si aquél hubiera continuado prestando servicios, deberá cesar en ellos desde el momento en que tenga constancia de la extinción decretada, siguiéndose, para el percibo de la indemnización las reglas de la ejecución dineraria definitiva. Por el contrario, si optó por cesar en la prestación de servicios, cesará definitivamente cuando tenga aquella constancia.

-A diferencia de los supuestos contemplados en los números 1 y 2 del art. 303 LJS, en las extinciones contractuales en base al art. 50 ET sí se contemplan los efectos del recurso que revoca lo decidido en la sentencia que acordó aquella. Varias situaciones podrían presentarse:

- El trabajador continuó prestando servicios y deberá seguir haciéndolo tras el recurso pues aquella revocación implica la decisión judicial contraria a la resolución del contrato en base a un incumplimiento empresarial.
- Por el contrario, si optó aquél por el cese en la prestación de servicios, el empresario habrá de comunicar al trabajador, dentro del plazo de diez días a partir de la notificación de la sentencia que resuelve el recurso, la fecha de reincorporación, para efectuarla en un plazo no inferior a los tres días siguientes a la recepción del escrito y si el trabajador no se reincorporara quedaría extinguido definitivamente el contrato. Por su parte, si fuera el empresario el que no reincorporase al trabajador o lo hiciera de forma irregular se seguirían –conforme al tenor literal del art. 303.3 LJS- los trámites de los arts.

¹²³ No se indican en el texto legal las consecuencias del no ejercicio de la opción en el plazo fijado pero parece lógico mantener, como ya se ha señalado en otros supuestos, que como lo excepcional es el cese en la prestación de servicios, el incumplimiento de los requisitos de fondo y forma determinará, la continuación en la prestación de servicios por el trabajador (en esta línea también, Salinas Molina, F., “Artículo 303. Ejecución provisional de sentencias dictadas en otras modalidades procesales”, en AA.VV [Folguera/Salinas/Segoviano], *Comentarios a Ley de la Jurisdicción Social*, op. cit., p. 1111).

278 y ss. LJS. En realidad, serán los de los arts. 279-281 LJS (incidente de no readmisión del trabajador en ejecución definitiva de sentencias firmes que declaren la improcedencia del despido y el empresario hubiera optado por la readmisión con sus derivas indemnizatorias, en su caso). El art. 303.3 *in fine* establece, además, que el período de tiempo transcurrido se considerará de ocupación cotizada, a efectos del reconocimiento de un futuro derecho a prestaciones.

Por último, algunos autores ya han precisado que no procederá la devolución de las prestaciones por desempleo percibidas en caso de no prestarse servicios durante la tramitación del recurso¹²⁴. No creemos, sin embargo, que ésta sea la interpretación correcta pues la aplicación del art. 209.5 b) LGSS nos lleva a una solución diversa. Este precepto contempla los efectos que la readmisión del trabajador tras la reclamación o recurso, genera en la prestación por desempleo por él percibida en supuestos de resoluciones recaídas en procedimientos de despido o extinción del contrato de trabajo, entre las que podemos incluir las del art. 50 ET. Las cantidades percibidas en concepto de prestación por desempleo se considerarán indebidas por causa no imputable al trabajador y la Entidad Gestora cesará en el abono de las prestaciones por desempleo y reclamará a la TGSS las cotizaciones efectuadas durante la percepción de las prestaciones. El empresario deberá ingresar en la Entidad Gestora las cantidades percibidas por el trabajador deduciéndolas de los salarios dejados de percibir que le hubieran correspondido, con el límite de la suma de tales salarios.

3. DISPOSICIONES COMUNES A LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE SENTENCIAS EN EL ORDEN SOCIAL: COMPETENCIA E IMPUGNACIÓN

La ejecución provisional podrá instarse por la parte interesada ante el órgano judicial que dictó la sentencia conforme al art. 289.1 LJS, regla que, aun ubicada en el Capítulo II (sentencias condenatorias al pago de cantidades) ha sido el criterio general aplicable a las diferentes modalidades de ejecución provisional. Lo reitera y contempla ahora de forma expresa el art. 304.1 LJS al afirmar que la ejecución provisional de resoluciones judiciales se despachará y

¹²⁴ En las extinciones contractuales del art. 50 ET, si la sentencia de instancia resuelve el contrato, desaparece con ello el título jurídico fuente de las prestaciones recíprocas de trabajador y empresario, pero ello sólo es así si la sentencia no es revocada pues, de lo contrario, la relación laboral se restablece retroactivamente (González De Pato, R.M., *La dimisión provocada. Configuración y régimen jurídico del art. 50 del Estatuto de los Trabajadores*, Comares, 2009, p. 83).

llevará a cabo por el juzgado o tribunal que haya dictado, en su caso, la resolución a ejecutar y, añade, «*las partes dispondrán de los mismos derechos y facultades procesales que en la ejecución definitiva*». Ahora bien, la regla de la atribución de competencia será la referida y no la de la ejecución definitiva «*órgano judicial que hubiere conocido del asunto en la instancia*» (art. 237.2 LJS). Junto a ello, tras la Ley 13/2009, es el secretario judicial quien, dentro de la Oficina Judicial, ostenta, de un lado, competencias propias en materia ejecutiva y, de otro, a él corresponde impulsar el proceso en todas sus fases.

En materia de impugnación, las resoluciones judiciales dictadas en ejecución provisional sólo serán impugnables en reposición salvo que se trate de una decisión comprendida fuera de los límites de la ejecución provisional o se declare la falta de jurisdicción o la falta de competencia en cuyo caso procederá recurso de suplicación o de casación ordinaria. Estas excepciones son incorporadas por la LJS siguiendo la interpretación judicial precedente¹²⁵ que parte de la no recurribilidad en suplicación de todas y cada una de las resoluciones recaídas en la ejecución provisional; opción que, por otro lado, no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva¹²⁶. También después de la entrada en vigor de la LJS, se acepta el recurso de suplicación contra el auto de ejecución provisional en procedimiento de despido que se aparta sustancialmente del fallo que se recurre¹²⁷. El rechazo, como criterio general, a los recursos devolutivos en sede de ejecución provisional, ha sido criticado, sin embargo, por la doctrina al reclamarse la imposición de alguna matización porque una cosa es la decisión de si la ejecución provisional cabe en el caso concreto de que se trate, lo cual no es recurrible en suplicación o casación y, otra cosa diferente, es que abierto el apremio provisorio, en su interior haya de procederse a adoptar actos ejecutivos, idénticos a los de la ejecución definitiva, como sería el embargo y venta de bienes, con entrega de la suma recabada al acreedor¹²⁸.

¹²⁵ SSTs 17-7-1993, 17-9-1997, STS 21-10-1998, STS 24-7-1999, incluso ante la denegación de la propia ejecución provisional, STS 23-9-1997. No obstante, los TSJ habían mantenido algunas excepciones: recurso de suplicación cuando sólo aparentemente se procede a una ejecución provisional, pero no hay tal pues se efectúa sin base en título ejecutivo alguno (STSJ Madrid 16-7-1999), se debate si procede o no la iniciación de la ejecución provisional (STSJ Andalucía 21-4-1995) o en supuestos de ejecuciones provisionales que abordan cuestiones no decididas en la sentencia o que contradicen lo ejecutoriado (STSJ Galicia 15-12-1992, STSJ Cataluña 29-9-1994).

¹²⁶ SSTC 258/2000 y 6/2001.

¹²⁷ STSJ Cataluña 7-6-2012.

¹²⁸ Ríos Salmerón, B., "De la ejecución provisional", en AA.VV (Borrajo), *La nueva Ley de Procedimiento Laboral. Comentarios a las Leyes Laborales*, Tomo XIII, Edersa, 1990, 2ª edición, p. 1643).

4. APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA LEC

Como avanzamos, la ejecución provisional de sentencias en la LEC parte del principio general de ejecutividad provisional de la práctica totalidad de las sentencias de instancia salvo supuestos muy limitados y de la posibilidad de oposición por irreparabilidad, que, por otra parte, no puede entenderse en sentido absoluto y ello por la razón de que, en sentido jurídico, todo perjuicio es reparable mediante la correspondiente indemnización. Así, aquella exigencia debe entenderse en sentido relativo, con referencia a la facilidad o dificultad de reparación. Junto a ello, la ejecución provisional en la LEC puede alcanzar a la totalidad de la cantidad objeto de condena, ya no precisa de fianza ni caución tras la LEC 2000 y obliga a la restitución en caso de revocación de la sentencia condenatoria (con indemnización por daños y perjuicios, en su caso, y devengo de intereses, *ex art. 533 LEC*). En virtud del art. 305 LJS, si la sentencia condenatoria no encajara en ninguna de las posibilidades de ejecución provisional que regula la ley de ritos laboral (podría pensarse, quizás, en obligaciones de hacer o no hacer), cabría su ejecución conforme dispone la ley procesal civil y en su forma y condiciones. Se trata de una norma de cierre y complemento del sistema de ejecución previsto en la legislación laboral, articulando la supletoriedad de las normas del proceso civil pero sólo predicable de las sentencias favorables al trabajador o beneficiario del Sistema de Seguridad Social. El recurrente cuenta con la vía de apremio a instar ante el juez distinguiéndose entre el supuesto de condenas dinerarias y no dinerarias (arts. 533 y 534 LEC respectivamente) y éste despachará ejecución sin disponer de arbitrio alguno en cuanto al fondo aun cuando pudiera denegarla ante la no concurrencia de los presupuestos y requisitos precisos (competencia, sentencia meramente declarativa...).