

Número

[12]

Análisis Práctico

- ▶ El despido:
A partir de la Ley 45/2002



Cuadernos de Trabajo [12]

Análisis Práctico

ĩ El despido:
A partir de la Ley 45/2002

Por Jacobo Quintans García
Magistrado

PRÓLOGO

El Centro Europeo de Auditores Socio-Laborales, con la inestimable colaboración de Mutual CYCLOPS, me sugirió la elaboración de un fascículo de fácil manejo en el que se den pautas o indicaciones, así como se recojan las resoluciones judiciales que aclaran los conceptos oscuros y las lagunas, en una materia que ha suscitado enorme controversia y que sigue produciendo multitud de problemas en su aplicación; me estoy refiriendo a la Ley 45/2002, de doce de Diciembre, de “medidas urgentes para la reforma de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad” en su aspecto más polémico y frecuente: los salarios de tramitación y la indemnización en el despido improcedente; problemas que suscita la interpretación del Art. 56 del E.T. tras su última redacción, dada por la citada Ley 45/02.

Con esa finalidad se han recogido los temas que se exponen en el siguiente índice.

Jacobo Quintans García

ÍNDICE

El despido y los salarios de trámite

1. El despido disciplinario. Concepto y extensión
2. El despido verbal, y el “despido de hecho”
3. Clases de despidos
4. Posibles situaciones en caso de despido improcedente con opción de indemnización
5. Supuestos prácticos
6. Constitucionalidad de la reforma de los salarios de tramitación
7. Efectos fiscales de la indemnización abonada antes de la conciliación
8. FOGASA y los salarios de trámite pactados en conciliación
9. Cotización y liquidación de los salarios de trámite
10. Pago por el Estado de parte de los salarios de tramitación

RESUMEN TELEGRÁFICO

EL DESPIDO Y LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN

1. El despido disciplinario. Concepto y extensión

El despido es una de las causas legales de extinción del contrato de trabajo recogida en el Art. 49.1 k) del E.T. Esta causa de extinción se refiere únicamente al despido disciplinario, lo que exige un incumplimiento grave y culpable del trabajador respecto de sus obligaciones contractuales (Art. 54 del E.T.).

En nuestro ordenamiento jurídico, al menos oficialmente, el despido debe ser causal, o, lo que es lo mismo, no cabe el llamado “despido libre” o despido sin causa, que es aquél que se produce por la voluntad unilateral del empresario sin causa que lo justifique.

En la realidad esto no es así y lo que existe, guste o no guste, pero dejando aparte los eufemismos, es un despido libre con la obligación de indemnizar, habiéndose tasado la indemnización por el propio E.T. en 45 días de salario por año de servicio efectivo, o de 33 días de salario por año en el supuesto del contrato de trabajo para fomento de la contratación indefinida.

2. El despido verbal y el “despido de hecho”

¿Qué sucede en los supuestos de despido sin causa, con causa ficticia o, simplemente, en los casos en los que se niega trabajo efectivo o salario (despido de hecho)? En nuestro ordenamiento el despido sin causa y el falta de formalidades legales equivale, a todos los efectos, a despido disciplinario y sus efectos serán los correspondientes al despido improcedente del Art. 55 E.T. en relación con el Art. 56 del mismo texto.

Algunos juristas, y en algunas sentencias, califican como nulos los despidos sin causa o carentes de notificación escrita por provocar indefensión y vulneración del derecho fundamental consagrado en el Art. 24.1 C.E. Así, la catedrática M^a Emilia Casas Bahamonde, en su editorial “Irregularidad formal, fraude de Ley y nulidad del despido disciplinario (Relaciones Laborales nº 24 de 8.12.94), escribía, con motivo de la restricción de la declaración de nulidad para los despidos con infracción de los derechos fundamentales o de las libertades públicas del trabajador operado por la reforma de 1994, lo siguiente:

“En fin, desde la perspectiva constitucional se ha objetado que la nueva opción legislativa, al poner término a la lógica clásica tradicionalmente afirmada por la doctrina y la jurisprudencia, que vinculaba las exigencias formales del acto del despido disciplinario al derecho de defensa del trabajador, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, consagrado en el Art. 24.2 CE:

El trabajador, sin las formalidades que le permitieran conocer los motivos de su despido y montar su defensa frente a la decisión extintiva empresarial, vería resuelto su contrato con indemnización por inexistente, torpe, maliciosa u odiosa que fuera la causa de su despido. En estos despidos sin forma (verbales) o tácitos, obstaculizadores del derecho de defensa del trabajador y del principio de contradicción procesal, se refugiarían, por lo demás, los despidos lesivos de derechos fundamentales y los manifiestamente arbitrarios, cuya declaración de improcedencia, obviamente sin subsanación..., conlleva, a través del ejercicio de la opción empresarial de la sentencia condenatoria, la extinción de la relación de trabajo con indemnización...

Por el contrario, la decisión legal de trasladar a la improcedencia, con los efectos propios de ésta, la tradicional nulidad del despido por motivos formales, pertenece al ámbito de disponibilidad del legislador ordinario...

Es obvio que la alteración, producida por la Ley 11/94 del sistema establecido, que vinculaba la forma del despido a la defensa del trabajador frente a la decisión extintiva empresarial, no puede entrañar una violación de los derechos y libertades fundamentales de los trabajadores, incluido, desde luego, su derecho a la tutela judicial efectiva como titulares de derechos e intereses legítimos (Art. 24.1 CE y 4.2.g ET). Significa ello que la ausencia de forma en el acto de despido causante de indefensión, entendida como situación en que quedan los titulares de derechos o intereses legítimos cuando se ven imposibilitados para ejercer los medios legales suficientes para la defensa (STC 38/81), habrá de dar lugar necesariamente, no a la declaración judicial de improcedencia, sino a la de nulidad del despido. El supuesto extintivo se subsumirá, en tal caso, en la definición de nulidad del Art. 55.5 del ET, que acoge, dentro de tal calificación, a los despidos que se produzcan, no sólo no necesariamente en su motivación o móvil como es bien sabido, sino en su propia realización, con violación de los derechos fundamentalmente y libertades públicas del trabajador. En los despidos discriminatorios y lesivos de derechos fundamentales no es necesaria la existencia de una voluntad deliberadamente torticera que busque la discriminación o violación de derechos fundamentales...; basta su aparición como hecho objetivo...

Por tanto, y pese a la determinación del legislador, cuya disponibilidad sobre la materia no es total, los despidos carentes de forma o de las exigencias formales que impidan al trabajador defenderse frente al mismo y ejercer su derecho a un proceso con las debidas garantías acarrearán en la regulación anterior, interpretada por abundantísima y reiterada jurisprudencia, y seguirán acarreado en la vigencia la calificación de nulidad. Sólo una interpretación de este tipo, hecha desde la perspectiva de la Constitución, respeta el límite que ponen los derechos fundamentales a las regulaciones ordinarias y las disposiciones del Convenio 158 OIT, que la legislación interna ha de ejecutar. Como resulta claro del tenor literal del Art. 7, dicho Convenio supedita la terminación de la relación de trabajo por motivos relacionados con la conducta o rendimiento del trabajador a sus posibilidades de defensa contra él”.

Esta construcción doctrinal, movida por una defensa a ultranza del carácter tuitivo del derecho del trabajo, y que ha sido seguida por algunas sentencias de los T.S.J. y de los juzgados de lo Social, ha sido rechazada por otros, como sucede con el TSJ de Cataluña en sentencias de 23-5-98, 22-6-98 y 2-6-99, cuyo fundamento segundo se reproduce en la parte que afecta al tema tratado:

“En el caso de autos, nos encontramos con que la decisión extintiva unilateral del empresario se manifiesta de forma verbal, sin cumplimiento del preaviso y sin abono o puesta a disposición de la indemnización correspondiente, debiendo señalarse que nada consta en el relato histórico de la instancia relativo a la supuesta discusión entre las partes el día 24-4-01, hecho en que la recurrente pretende amparar la falta de puesta a disposición de la indemnización.

Y en cuanto a cuáles hayan de ser las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de estos requisitos, si bien esta Sala no desconoce que se registran pronunciamientos de diversos Tribunales Superiores, en el sentido de que el incumplimiento de los requisitos de forma del desistimiento empresarial no lo transforma en despido disciplinario, pudiendo citarse al respecto las sentencias del TSJ Andalucía-Sevilla de 19-2-01 y del TSJ Valencia de 10-5-01, entre otras, es lo cierto que esta Sala ha seguido el criterio contrario en sentencias de 23-5-98, 22-6-98 y 2-6-99, entendiéndose que, en casos como el de autos, nos hallamos ante un supuesto de despido que, al estar carente de causa disciplinaria justificada, ha de declararse improcedente. De no efectuar esta interpretación llegaríamos a la conclusión de que se ha de dar peor condición al empleador que expresa la causa que aquél otro que no lo hace basándose en su facultad de desistir del contrato. La Sala, por tanto, se acoge a una acepción genérica del despido que abarca todo tipo de ceses por voluntad empresarial”.

Lo hasta ahora expuesto nos lleva a considerar que el cese sin causa ni formalidades legales del trabajador constituye un despido improcedente que debe dar lugar a que se le abone la indemnización legal. Ésta es la posición mayoritaria de los tribunales.

Se trae a colación estas posiciones doctrinales, científicas y legales, por cuanto ha sido motivo de recientes sentencias, con ocasión de la aplicación del R.D.L. 5/02 en materia de despido y como forma de salvar, mediante la declaración de nulidad, los salarios de tramitación desaparecidos por la aplicación del citado R.D.L. (hoy parcialmente restablecidos por la Ley 45/02).

A pesar de haberse modificado por la Ley 45/02, el texto que el RDL 5/02 dio al art. 56 del ET, es de actualidad y por ello se trata en este texto, por cuanto sigue siendo de aplicación para los despidos que se produjeron entre el 26-5-02 y el 12-12-02, ambas fechas incluidas. Así lo dispone la Disposición Transitoria Primera de la Ley 45/02: **“las extinciones de contratos producidas con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en lo que se refiere a sus efectos sustantivo y procesal, por las disposiciones vigentes en la fecha en que hubieran tenido lugar dichas extinciones”**.

3. Clases de despidos

Partiremos de consideraciones generales que no han sido modificadas: el despido disciplinario (todo el que no es por causas objetivas de los arts. 51 y 52 del ET) puede ser:

A) Procedente.

El despido se considerará procedente, según el Art. 55.4 del ET, cuando se pueda acreditar el incumplimiento invocado por el empresario en la carta de despido. Esta declaración, de acuerdo con el art. 55.7 del ET supondrá la validación de la extinción del contrato de trabajo sin dar derecho a ningún tipo de indemnización.

B) Improcedente.

En todos los supuestos de despido verbal, de despido tácito o de hecho y de despido causal comunicado por escrito que contenga todos los datos de los hechos imputados si éstos no se prueban en juicio o si, probados, no revisten la gravedad suficiente.

C) Nulo.

El actual redactado del art. 55.5 del ET tras la Ley 39/1999, de 5 de Noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, considera nulo el despido que tenga por móvil algunas de las

causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales o libertades públicas del trabajador.

Será también nulo el despido en los siguientes supuestos:

- a) El de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riego durante el embarazo, adopción o acogimiento, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho período.
- b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), y la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4 y 5 del Art. 37 del ET, o estén disfrutando de ellos o hayan solicitado la excedencia para atender al cuidado de cada hijo.

Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación salvo que, en ambos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados.

En estos supuestos no significa la imposibilidad de despido de los trabajadores que se hallen en las situaciones descritas, sino que en el caso de que se proceda al despido por la empresa a ésta le corresponderá probar la existencia de causa justa para despido, produciéndose la inversión de la carga de la prueba en cuanto el trabajador alegue que se encuentra en alguna de las situaciones anteriormente citadas y exista, a juicio de los tribunales, un indicio de vulneración de derecho fundamental o de despido motivado por el hecho de disfrutar el permiso o la excedencia relacionados con las situaciones de embarazo.

Cuando la nulidad provenga de vulneración de derechos fundamentales se puede, además de los salarios de tramitación, solicitar que la sentencia condene al pago de una indemnización por daños materiales o morales si éstos se alegan y acreditan; indemnización que nada tiene que ver con la que se produce como efecto de la decisión extintiva por el empresario en los supuestos de despido improcedente.

El Tribunal Supremo ya ha resuelto esta cuestión sobre la posibilidad de que en el juicio de despido se reclame una indemnización por vulneración de derechos fundamentales, pues, aunque en el juicio por despido no cabe la acumulación de acciones de reclamación de cantidad, en los supuestos en los que se solicite la declaración de vulneración de derecho fundamental puede solicitarse tanto la suspensión del acto que provoca tal vulneración como el resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por esa violación de derecho fundamental. Así se recoge en el procedimiento específico del Art. 181 de la LPL y se permite su solicitud en el juicio de despido, al ser éste un procedimiento especial y sumario que sustituye al específico del Art. 181, tal y como dispone el Art. 182.

Repasados los conceptos y las clases de despido, veremos qué tipos de éste han quedado afectados por la reforma legal operada por el RDL 5/02 y por la Ley 45/02 en lo que hace referencia a los salarios de tramitación.

- A) Despido procedente: no ha sufrido modificación alguna.
- B) Despido nulo: no ha sufrido modificación alguna.
- C) Despido improcedente: hay que distinguir según la opción ejercitada.
 - a) Con opción del empresario o del trabajador (supuesto de los representantes legales o sindicales, o en los que por convenio colectivo se reconozca al trabajador esa opción), si la opción ejercitada es la de la readmisión: no ha sufrido modificación alguna.
 - b) Opción por la extinción indemnizada: Es en este supuesto en el que se ha producido la mayor y sustancial modificación legal.

El actual redactado del Art. 56 del E.T., tras la modificación introducida por la Ley 45/2002, de 12 de Diciembre, es el siguiente:

Art. 56.- Despido improcedente.

- 1. Cuando el despido sea declarado improcedente el empresario, en el plazo de 5 días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador, con abono de los salarios de tramitación previstos en el párrafo b) de este apartado 1, o el abono de las siguientes percepciones económicas, que deberán ser fijadas en aquéllas:**
 - a) Una indemnización de 45 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades.**
 - b) Una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declare la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.**
- 2. En el supuesto de que la opción entre readmisión o indemnización correspondiera al empresario el contrato de trabajo se entenderá extinguido en la fecha del despido, cuando el empresario reconociera la improcedencia del mismo y ofreciese la indemnización prevista en el párrafo a) del**

apartado anterior, depositándola en el juzgado de lo Social a disposición del trabajador y poniéndolo en conocimiento de éste.

Cuando el trabajador acepte la indemnización, o cuando no la acepte y el despido sea declarado improcedente, la cantidad a que se refiere el párrafo b) del apartado anterior quedará limitada a los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la del depósito, salvo cuando el depósito se realice en las cuarenta y ocho horas siguientes al despido, en cuyo caso no se devengará cantidad alguna.

A estos efectos el reconocimiento de la improcedencia podrá ser realizado por el empresario desde la fecha del despido hasta la de la conciliación.

3. En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización se entiende que procede la primera.
4. Si el despedido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical la opción corresponderá siempre a éste. De no efectuar la opción se entenderá que lo hace por la readmisión. Cuando la opción, expresa o presunta, sea a favor de la readmisión ésta será obligada.

El art. antes transcrito ha originado multitud de cuestiones y errores en la aplicación del mismo, ya sea en la forma de la comunicación del despido al trabajador, ya sea en la indemnización ofrecida o en su depósito y las consecuencias que todo ello puede conllevar en cuanto al efecto perseguido de evitar el devengo de los salarios de tramitación. La importancia de este tema ha llevado a decir a un autor de reconocida competencia como Efrén Borrajo da Cruz que *“Los salarios de tramitación se han convertido en un tema de máximo interés mediático. Han dejado de ser una cuestión técnico-jurídica y han ganado naturaleza de cuestión central de la política en general y de la política laboral en particular. Hablan, o han hablado, de los salarios en tramitación las revistas del corazón y los programas de sucesos de la radio y de la televisión.*

Veamos los distintos supuestos que pueden presentarse y sus efectos:

4. Posibles situaciones en caso de despido improcedente con opción de indemnización

Primera.- El empresario despide y entrega al trabajador la carta de notificación del despido con todos los requisitos del art. 55.1 del ET; a continuación, en la misma carta reconoce, a los solos efectos de evitar el litigio, **la improcedencia del despido**, ofreciendo al trabajador la indemnización legal de 45 días de salario por año de servicio, o de 33 en los supuestos de contratos acogidos al fomento del empleo indefinido.

a) Requisitos de la carta de despido:

- La carta deberá reunir los requisitos del Art. 55.1 del E.T. en su desarrollo jurisprudencial, lo que supone la necesidad de que conste la fecha de comunicación, fecha de recepción por el trabajador afectado, fecha de efectos del despido y, de forma clara y precisa, los hechos que se imputan al trabajador en que se basa la decisión de despedir. Los hechos deberán contener la fecha en que se produjeron, personas a cuya presencia se realizaron y demás circunstancias del caso, con el fin de evitar la indefensión del trabajador así como la de poder alegar la prescripción de la falta imputada.

- En la carta se hará constar expresamente que la empresa en este acto **reconoce la improcedencia del despido y opta por la extinción indemnizada**. Este reconocimiento expreso de la improcedencia del despido ha perdido la fuerza que tuvo originariamente cuando se incluyó en la reforma de 1994, hasta el punto de que tanto el Tribunal Supremo como los Tribunales Superiores de Justicia de las CCAA han venido admitiendo que tal reconocimiento no precisa ser expreso, ni como requisito para que opere la limitación de salarios ni como contenido del acta de conciliación a efectos de acreditar la situación legal de desempleo. Así, la STS de 13-03-2001, cuando lo fundamenta al decir que *“El Art. 56.2 no emplea expresiones tales como el reconocimiento de la improcedencia sea expreso, o explícito, o formal, u otras semejantes sino que se limita a exigir que se le reconozca la improcedencia. Siendo ello así, el reconocimiento tanto puede ser expreso como tácito y, tratándose de este último, su realidad habrá de desprenderse, sin duda razonable, de las circunstancias que hayan concluido y que se consignen en el acta, pues la finalidad que la norma percibe es que no queden sin prestación aquellos trabajadores que hayan sido objeto de despido improcedente, con tal de que la improcedencia haya sido reconocida por parte del empresario”*.

Bastaría con que el empresario, en la carta de despido, le ofreciese al trabajador la indemnización de cuarenta y cinco días por año de servicio, pues ello es harto significativo de que está reconociendo la improcedencia y optando por la extinción indemnizada. No obstante se ha recomendado aquí, como requisito, exponer con claridad y de forma expresa el reconocimiento de la improcedencia y la opción para evitar situaciones como las que se han dado en algunas sentencias de juzgados de lo Social, que han denegado el beneficio de impago de salarios de tramitación al empresario por el solo hecho de no haber manifestado los términos **“reconozco la improcedencia”**. En resumen: no es requisito necesario, pero no cuesta nada ponerlo y evita algún problema.

- Poner en conocimiento del trabajador la oferta de la indemnización, y en caso de que no lo acepte proceder al depósito de la indemnización legal.

b) Requisitos del depósito:

1.- Plazo:

- El depósito se realizará dentro de las 48 horas siguientes al despido. Esto son dos días hábiles, aplicándose la doctrina del Tribunal Supremo, recogida en sentencia de 29/06/90, sobre plazos de consignaciones y depósitos.

- Si el día en que finalicen las 48 h. fuera festivo o inhábil a efectos judiciales (sábados según el actual redactado de la LOPJ) se realizará en el primer día hábil.

- Podrá realizarse también transcurridas las 48 horas, siguientes al despido, pero en este caso se devengarán los salarios de tramitación desde la fecha del despido (cese del trabajo) hasta la fecha de depósito.

- Se inicia el cómputo de las 48 h. desde el cese en la actividad (efectividad del despido), no desde la notificación.

- El reconocimiento de la improcedencia a los solos efectos de evitar que corran los salarios de tramitación puede hacerse desde la fecha del despido, y en la propia carta, hasta la conciliación administrativa ante el CEMAC. Si se realizara ante el funcionario conciliador deberá seguirse los trámites formales que ya se establecían en la antigua redacción del Art. 56.2: Reconocimiento de improcedencia en acta, oferta de indemnización y de salarios de tramitación hasta esa fecha, con cuantificación por separado y depósito dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes en la cuenta del juzgado.

2.- Cantidades a depositar:

- La indemnización legal de cuarenta y cinco días de salario efectivo, o de treinta y tres en los supuestos de fomento para la contratación indefinida.

Por lo que respecta a los supuestos de despido de contrato realizado al amparo del RDL 8/97, para fomento de la contratación indefinida, hay que tener en cuenta que este tipo de contratos establece una indemnización de treinta y tres días por año trabajado, con un máximo de veinticuatro mensualidades de indemnización, **cuando se trata de despidos por causa objetiva del Art. 52 c) del E.T. reconocidos como improcedentes**. Por esta circunstancia, algunos autores consideraron que no era aplicable el Art. 56.2 del E.T., ya que se refiere únicamente a los efectos del reconocimiento del despido improcedente en los despidos de naturaleza disciplinaria por las causas del Art. 54 del E.T. No obstante lo razonado, hoy es prácticamente unánime la tesis de que en los contratos para el fomento de la contratación indefinida, si el empresario alega causa objetiva para la extinción y por cualquier causa no le conviene llegar a juicio (falta de prueba u otra) puede reconocer la improcedencia del despido y, en ese caso, se coloca en la misma situación que podría dictarse en sentencia: declaración de improcedencia y cuantificación de la indemnización legal en treinta y tres días de salario por año de servicio con el tope de veinticuatro mensualidades (sentencia del TSJ de Madrid de fecha 3-4-2001).

- Como la indemnización es la de cuarenta y cinco días de salario, habrá que definir qué se entiende por salario a efectos del cómputo de la indemnización.

A estos efectos, siguiendo la frase y la casuística expuesta por Pedro Tuset del Pino en la Revista de Información Laboral, como regla general, el importe de la indemnización por despido declarado improcedente incluye todos los conceptos que forman parte de la base de cotización de la Seguridad Social constituidos por la remuneración total cualquiera que sea su forma o denominación, que perciba mensualmente el trabajador.

Se incluirán siempre:

- La parte proporcional de las pagas extra (STS de 14-3-1988).

- Salarios en especie (STS de 11-2-1997 y 13-5-1991).

- Las comisiones promediadas al último año (TSJ de Castilla-León de 4-1-1994 y TSJ de Cataluña de 11-3-1996).

- Paga de productividad (TSJ de Madrid 9-2-1996).

- Horas extraordinarias en su promedio anual (TSJ de Andalucía de 1-5-1994 y de la Rioja de 31-12-1992).

- El complemento de casa-habitación (TSJ de Madrid 16-7-1991).

- Plus de transporte (cuando no sea un concepto indemnizatorio) (TSJ Andalucía 5-11-1991).

- Las Stock Options. Con respecto a éstas hay que tener en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo expuesta en sus sentencias de 4 de Febrero, 10 y 11 de Abril, y 1 de Octubre del 2002. Según esta doctrina hay que distinguir dos tipos de beneficios patrimoniales que se corresponden a diferentes momentos:

Primero.- La diferencia entre el precio de adquisición en el mercado, en el momento en que la opción se ejercita, y el precio de la acción que se fijó en el momento de celebrar el contrato de opción sobre acciones, y

Segundo.- Los beneficios económicos derivados de la venta de las acciones del titular trabajador a un tercero. Pues bien, el concepto de salario sólo se aplicaría al primero de los beneficios.

Quedarán excluidos del cómputo de la indemnización todos los conceptos que no tengan naturaleza salarial, entre los que están:

- Los conceptos excluidos de cotización a la Seguridad Social según lo dispuesto en el TRLGSS y en la Circular de la TGSS nº 3-003, de 6 de Marzo del 2003.

- Quebranto de moneda.

- Desgaste de útiles y herramientas.
- Ropa de trabajo.
- Productos en especie concedidos voluntariamente.
- Comedores y economatos y otros productos a precios rebajados.
- Vacaciones en centros de la empresa.
- Indemnizaciones.
- Dietas, propinas, etc.

¿Qué salario es el que hay que computar a estos efectos? El que viniera percibiendo pacíficamente el trabajador, sin que en el juicio por despido puedan ventilarse reclamaciones en demanda de salario superior. En este sentido se recogen algunos fundamentos de las sentencias del TSJ de Cataluña:

Sentencia de 4-6-03 *“aunque es cierto que para determinar el salario regulador en despido ha de estarse al efectivamente percibido por el trabajador en el momento del despido, siendo ésta la regla general, la misma quiebra cuando se perciben diferentes cantidades cada mes y las diferencias son evidentes por los diversos complementos, supuesto en el que debe acudir a un período más amplio que el mensual, promediando estos complementos variables”*.

Sentencia de 19-5-03 *“aunque no ha sido una cuestión pacífica la de determinar si puede o no discutirse en el proceso de despido sobre la cuantía que debería percibir el trabajador o si, a tales efectos, debe estarse al salario realmente abonado en la fecha en que se produce la decisión extintiva... hemos venido declarando que una adecuada aplicación de la doctrina unificada sobre la materia no permite autorizar el conocimiento en el proceso de despido, de cualquier circunstancia o incidencia relacionada con la cuantía del salario, pues, en aquellos casos en que la determinación del mismo implique descender a niveles de cualificación jurídica de algunos de los elementos de la relación laboral, tales aspectos no podrían ser tratados en la medida en que ello supondría desnaturalizar el proceso por despido, trayendo al mismo aspectos incidentales menores que deben ser objeto de tratamiento adecuado en el correspondiente procedimiento... podrá, no obstante, discutirse la cuantía del salario cuando la cuestión al respecto afecte a elementos esenciales del mismo unilateralmente fijados por la empresa sin sujeción a las normas legales o convencionales que los regulan; pero no debe, en cambio, extenderse a aquellos aspectos o cuestiones incidentales que supongan descender a valorar el mayor o menor derecho del trabajador a la percepción de ciertos complementos o cantidades que nunca ha percibido ni reclamado o que sean propias de la calificación profesional, hasta ese momento indiscutidas, pues esto supondría desnaturalizar el proceso trayendo al mismo incidencias menores que deben ser objeto de adecuado conocimiento en procedimiento separado”*.

- En el supuesto de una trabajadora o trabajador que se hallara en período de jornada reducida por cuidado de hijos y fuera despedido durante ese período, el salario a computar ha de ser el salario completo, y no el reducido por razón de la reducción de jornada. La sentencia del T.S. de 11-12-01 establece que: *“el criterio de que el salario a tener en cuenta en los casos de despido es el realmente percibido por el trabajador en el momento del despido es una regla general frente a la que caben excepciones... una de esas excepciones es, cabalmente, la que concierne a los supuestos a la jornada reducida por guarda legal”*.

Como complemento de la doctrina así expresada hay que aclarar que a los efectos de pago de salarios de tramitación se debe considerar el salario realmente perdido a causa del despido y, por ello, el salario **reducido** de los que disfrutaban la jornada reducida por guarda legal (sentencia del TSJ de Madrid de 4-7-96).

¿Qué debemos entender por años de servicio? El otro elemento multiplicador para calcular la indemnización es los **años de servicio** prestados para la empresa. Esta expresión no tiene por qué coincidir necesariamente con el término **“antigüedad”**.

Al respecto, el T.S., en sentencia de 4-4-01 (recurso 3195/00), resuelve: *“Los años computables a efectos de indemnización de despido son los de trabajo por cuenta ajena del mismo empleador, sin que sea relevante el que una parte de los servicios se prestara bajo cobertura formal de un contrato administrativo”*, y en reiterada doctrina de la que se cita por todas las sentencias de 15-2-90, 27-6-91, y la de 5-2-2001, cuando fundamenta que: *“no es confundible la antigüedad que pudiera asignarse al trabajador en el contrato de trabajo que inicie relación laboral, derivada de respetar la lograda con anteriores contratos, respecto a los cuales aquél no constituye subrogación, con el tiempo de servicios que se genere el desarrollo de éste, siendo sólo tal tiempo de servicios el que ha de ser computado para el cálculo de la indemnización que correspondiera, si dicho último contrato se extinguiera por despido que, impugnado, fuera declarado improcedente, salvo en los supuestos en los que, al asignarse la mayor antigüedad, se pactare que la misma habría de operar a todos los efectos -incluidos, por tanto, los de cálculo de la indemnización por despido improcedente- o así se estableciere en el orden normativa aplicable”* (convenio colectivo).

Así mismo, y en lo referente a los supuestos de sucesión de contrato de trabajo sin solución de continuidad, el T.S., en sentencia de 18-9-2001, razona: *“El tiempo de servicio a que se refiere el Art. 56.1 a) del E.T. sobre la indemnización de despido improcedente debe computar todo el transcurso de la relación contractual de trabajo, siempre que no haya habido una solución de continuidad significativa en el desenvolvimiento de la misma y que tal solución de continuidad no se produce en la sucesión de contratos temporales cuando entre uno y otro contrato*

media una interrupción breve, inferior al tiempo de caducidad de la acción de despido, y que tampoco se rompe la continuidad de la relación de trabajo, a efectos del cómputo del tiempo de trabajo, por la suscripción de recibos de finiquito entre los distintos actos contractuales de una serie ininterrumpida de contratos de trabajo sucesivos.

¿Qué períodos de la relación laboral deben excluirse por no ser de servicio efectivo? Con carácter general aquéllos en que se ha producido una suspensión de contrato, con alguna excepción, como los períodos de I.T. No es ésta una excepción pacífica, pues no deja de ser un período de suspensión, caracterizado, como los otros, por que el trabajador no viene obligado a realizar el trabajo y el empresario no está obligado a abonar el salario (otra cosa será el subsidio, y a cargo de la Seguridad Social).

Otros supuestos más corrientes de exclusión son:

- Los períodos de suspensión de empleo y sueldo por sanción durante los que, además, debe dársele de baja en la Seguridad Social (a pesar de lo que diga la Tesorería General de la Seguridad Social, que no es muy partidaria de esas bajas).

- Los períodos de excedencia forzosa. El T.S., en sentencia de 26-9-2001, advierte que una cosa es el derecho al cómputo de la antigüedad en la excedencia forzosa y otra muy distinta la determinación del tiempo de servicios en la empresa a efectos de la indemnización del Art. 56.1 a) del E.T. Suspendido el contrato por la excedencia forzosa, ésta exoneró de las obligaciones recíprocas de trabajar y de remunerar el trabajo.

- En los supuestos de excedencia voluntaria la solución es la misma que la establecida en el párrafo anterior, con mucha más razón puesto que aquí no se trata de un contrato en suspenso, sino extinguido (no hay reserva de puesto de trabajo para el excedente voluntario), y lo único que le queda al trabajador es un derecho preferente a ingresar en la empresa frente a otros solicitantes.

- Lo mismo sucede, o debería suceder, en la excedencia para el cuidado de hijo o familiar regulado en el Art. 46.3 del E.T., aún durante el primer año en que mantiene su reserva al puesto de trabajo, pues tal excedencia computa, según el Estatuto, a efectos de antigüedad, pero nada se explicita en cuanto a años de servicio efectivo. Debe aplicarse por analogía lo expuesto en el párrafo anterior al tratar de la excedencia forzosa.

- Existen supuestos en los que la relación laboral cesa como consecuencia de un despido colectivo mediante la resolución de un ERE. Si, impugnado en vía contencioso-administrativa, se declarase la nulidad de la resolución administrativa que pone fin al ERE los trabajadores afectados tienen derecho a su reincorporación a la empresa. Ese tiempo en que duró el despido colectivo (teniendo en cuenta que las resoluciones administrativas son ejecutivas desde que se dictan) no origina derecho a salarios de tramitación pero **SÍ** se computará como de trabajo efectivo a los efectos de indemnización por despido improcedente. Así lo ha reconocido la sentencia del T.S. de 17-1-02.

¿Qué sucede si la cantidad calculada por la empresa como indemnización o por salarios de trámite no coincide con la que realmente corresponda? La empresa debe calcular “de buena fe” la indemnización a depositar, pues si lo ofertado fuese inferior por causa imputable a la empresa o por mala fe, y siempre que no se trate de un mero error, el depósito constituido no tendrá el efecto pretendido de evitar el devengo de salarios de trámite. En ese sentido se reproduce parte de la fundamentación de la sentencia del TSJ de Cataluña de 3-6-03, cuando, recogiendo la jurisprudencia del T.S., razona:

“En este punto es preciso recordar que el T.S., en su sentencia de 24-4-2000, dice que una interpretación excesivamente rigorista y cerrada del Art. 56.2 del E.T., en el sentido de que sólo sería efectiva una consignación de total equivalencia con el importe de la indemnización y de los salarios de tramitación, supondría la inaplicación de la norma en la mayoría de las ocasiones, particularmente cuando al trabajador no le pareciera oportuno zanjar la controversia en vía conciliatoria, para lo que bastaría su desacuerdo con el salario que sirve de módulo a la consignación. El criterio de la buena fe debe presidir el entendimiento y la aplicación del precepto, y cuando el empresario cometa un error de cálculo que pueda calificarse como excusable deben aceptarse las consecuencias que el Estatuto de los Trabajadores hace derivar del ofrecimiento y la consignación, y en este sentido se califica el cometido, en este caso, por el demandado desde el momento que no eran pacíficas las posturas de demandante y demandado sobre los elementos que configuran la indemnización y los salarios de tramitación, referidos a la antigüedad en la prestación de servicios y al importe del salario”.

Para el supuesto que en sentencia se apreciase que debieron incluirse conceptos discutidos y discutibles, siempre que se actuara con buena fe, se limitaría a fijar la cantidad real de la indemnización, pero sin condena al pago de los salarios de tramitación.

Forma del depósito:

¿En qué juzgado debe depositarse la consignación y, en su caso, los salarios de trámite devengados hasta ese momento?

En los supuestos ordinarios de un solo centro de trabajo no existe problema alguno. Éste surge cuando la empresa tiene un domicilio social y varios centros de trabajo situados en partidos judiciales donde existen distintos juzgados de lo Social, o cuando la prestación de servicios se realiza en varios lugares con juzgados de lo Social competentes

territorialmente en cada uno de ellos. No existe solución pacífica por cuanto la Ley nada determina, limitándose a decir “en el juzgado de lo Social a disposición del trabajador” pero no dice en el juzgado de lo Social competente por razón del territorio. En vía judicial ya se ha dado una respuesta por la sentencia del TSJ de Cataluña, de fecha 10-3-04 (recurso 8323/03), en el que, aun contando con un voto particular, se considera que el depósito realizado en un juzgado distinto al territorialmente competente para conocer del juicio de despido, en el supuesto en el que existían varios centros de trabajo y el domicilio del trabajador se hallaba en partido judicial distinto de éstos, el depósito se consignó de buena fe, por el empresario, ante el juzgado de lo Social que creyó competente notificando al trabajador el depósito **y el juzgado en el que estaba a su disposición**. El Tribunal concluye evitando que el desacierto en la elección del juzgado competente pueda acarrear, como perjuicio, el pago de los salarios de tramitación hasta sentencia.

¿Es válida la puesta a disposición del trabajador mediante transferencia bancaria como forma sustitutiva del depósito judicial? En principio debe desecharse completamente esta posibilidad por cuanto, si bien se cumple la finalidad primordial del depósito, que es la de poner a disposición del trabajador la indemnización legal por despido, no es menos cierto que esa forma impide determinar algo tan sustancial como la aceptación o no de la indemnización por parte del trabajador. Si tenemos en cuenta que la aceptación de la consignación extingue la relación laboral desde la fecha del cese en el trabajo, la transferencia de la indemnización podría dar lugar a los siguientes problemas, entre otros:

- Si el trabajador desconoce la transferencia y hace uso de su crédito en cuenta corriente consumiendo todo o parte de aquélla ¿puede entenderse como aceptación de la extinción indemnizada? Ello le impediría poder demandar por despido, contra su voluntad inicial, lo que no es de recibo.

- Si el trabajador se apercibe de la transferencia y no acepta la indemnización tendrá que dejar constancia de ello, y entonces ¿se le obliga a personarse en la empresa devolviendo la cantidad?, ¿deberá indagar el número de cuenta corriente de la empresa para devolver la transferencia?, ¿deberá comunicar fehacientemente a la empresa que no acepta la indemnización para evitar que aquélla dé por extinguida la relación? Todo ello supondría la realización de una actividad específica, por parte del trabajador, a la que ninguna norma obliga. Además, teniendo en cuenta que la norma se refiere únicamente al depósito ante el juzgado de lo Social, debe estarse al literal legal.

Destino del depósito:

El depósito debe hacerse “a disposición del trabajador”, lo que presenta las siguientes cuestiones:

¿Puede el trabajador retirar el depósito? Si no se ha iniciado la demanda de despido no hay ningún inconveniente en que el trabajador acuda al juzgado depositario y solicite su entrega, en cuyo caso el juzgado extenderá la correspondiente diligencia y lo notificará al empresario. En ese caso quedaría extinguida la relación laboral desde la fecha del cese en el trabajo.

Si ya se hubiese iniciado la demanda de despido será preciso desistir de la misma, aceptando la cantidad consignada y dado por extinguida la relación. Si no es con esos condicionamientos el juzgado no debe entregar el depósito hasta en tanto no se dicte sentencia.

Si no se ha presentado la demanda y han transcurrido más de 20 días hábiles desde la fecha del despido (con lo que habría caducado la acción para reclamar contra él), la opinión más generalizada, y que estimo la adecuada, es la de hacer entrega al trabajador del depósito, ya que éste es titular desde el momento mismo de constituirse aquél, siendo un medio legal de transmisión de la propiedad establecido en el Art. 56.2 del E.T., con la consecuencia de que, una vez efectuado el depósito, el trabajador puede hacerlo suyo. No opina lo mismo el TSJ de Cataluña, en su sentencia de 31-10-00 (recurso 4707/00), que niega la entrega del depósito al trabajador porque habían transcurrido más de 20 días hábiles desde el despido sin que se hubiese demandado contra él, apreciando de oficio la caducidad de la acción.

¿Puede la empresa retirar el depósito, una vez realizado en el juzgado? En principio no (por la teoría de los propios actos); pero sí, con posterioridad a su constitución, ha abonado al trabajador la indemnización y éste la ha aceptado puede, exhibiendo el recibo, retirarla.

Segunda.- El trabajador acepta, cobra la indemnización y firma el correspondiente recibo. El contrato queda extinguido sin posibilidad de demandar contra el mismo por despido.

Si el trabajador, a pesar de haber aceptado y cobrado (el cobro de la indemnización equivale a aceptación de la extinción), presentase demanda por despido el empresario, en el acto de juicio, en el trámite de contestación a la demanda, podrá alegar la excepción de falta de acción, pues el cobro de la indemnización extingue definitivamente la relación (art. 56.1 del E.T., en la versión del RDL 5/02, y en el art. 56.2 en el redactado actual de la Ley 45/02).

Tercera.- El trabajador no acepta la indemnización, lo que puede suceder por alguna de las siguientes razones:

- Si considera que hay causa para demandar por despido nulo.
- Si, aún reconociendo la improcedencia del despido, no acepta la indemnización ofrecida por estimar que ha sido mal calculada, bien sea por no recoger la antigüedad real, o por no contemplar el salario íntegro que percibía, o por ser éste menor que el que le corresponde como mínimo por el convenio colectivo.

En este supuesto el trabajador puede demandar por despido. Ante el rechazo al cobro de la indemnización, el empresario, si quiere evitar el devengo de salarios de tramitación, deberá consignar judicialmente el importe de la indemnización ofrecida, para lo cual tiene un plazo de 48 h. siguientes al día del despido. Si ese plazo finalizase en día festivo podrá hacer la consignación el siguiente día hábil. La consignación se realizará de la misma forma a la que venía haciéndose según el art. 56.2 del E.T., en su redacción anterior al R.D.L., cuando el empresario reconocía ante el CEMAC la improcedencia del despido y ofrecía o consignaba la indemnización y los salarios de trámite hasta ese día.

En ambos supuestos el trabajador, con la carta de despido, y si reúne los demás requisitos del art. 207 del TRLGSS, puede solicitar ante el INEM la prestación de desempleo.

Cuarta.- El empresario despide al trabajador y se lo notifica por escrito, sin más.

En este supuesto el empresario podrá reconocer la improcedencia del despido “en cualquier momento hasta el acto de conciliación (administrativa) incluido”.

Si el reconocimiento se hace con posterioridad a las 48 h. después del despido, el empresario deberá abonar (o consignar) al trabajador la indemnización legal (siempre es hasta la fecha de despido) y, **ADEMÁS**, los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de depósito o pago. En este caso es preciso que se notifique al trabajador el reconocimiento de la improcedencia y la oferta, así como la consignación si aquella fuese rechazada.

La notificación de la opción indemnizatoria al trabajador, que es un nuevo requisito introducido por la Ley 45/02, es fundamental, por lo que, en caso de no estar presente, deberá hacerse de modo que pueda acreditarse fehacientemente (ejemplo buro-fax). Tal notificación basta que se dirija al domicilio del trabajador que le conste a la empresa. Si no la recibiese por estar ausente o por haber cambiado de domicilio sin haberlo notificado a la empresa, la notificación será válida.

Si el trabajador acepta el pago o, una vez consignadas judicialmente las cantidades de indemnización y salarios, solicita del juzgado que se le haga entrega de lo depositado finalizará la relación laboral con efectos del cese en el trabajo.

Si el trabajador no acepta el pago por cualquiera de las razones expuestas anteriormente en el apartado 1.b) podrá demandar al empresario y, si la sentencia que se dicte en su día, confirma la improcedencia del despido y la adecuación de la cantidad ofrecida, quedará a su disposición la cantidad depositada, indemnización y salarios sin que se devenguen otros posteriores a la oferta empresarial.

Quinta.- El empresario despide al trabajador sin notificárselo por escrito.

En este caso también el empresario podrá reconocer la improcedencia del despido ofreciendo la indemnización, solamente si lo hace dentro de las 48 h. siguientes a la fecha del despido de hecho, o abonando la indemnización y los salarios de trámite devengados desde el despido hasta el reconocimiento de la improcedencia con oferta de indemnización, si ésta se hace después de las 48 h. Los efectos son los mismos que en el supuesto contemplado en el epígrafe anterior.

Sexta.- En cualquiera de los supuestos anteriores, si el empresario reconoce la improcedencia y ofrece la indemnización y los salarios de trámite hasta ese día, pero se realiza después del acto de conciliación, su reconocimiento no le evitará tener que pagar los salarios de trámite hasta la sentencia que declare la improcedencia del despido.

Séptima.- En cualquiera de los supuestos anteriores:

a) Si la disconformidad y demanda del trabajador se funda en que la cantidad ofrecida por el empresario como indemnización no se ajusta a la legalmente debida, ya sea porque la antigüedad es superior o porque el salario real supera al de nómina, en la sentencia que aprecie la improcedencia (ya reconocida por el empresario) se resolverá sobre la indemnización que realmente corresponda.

b) Si la diferencia entre la indemnización ofrecida y la calculada en sentencia se debe a un simple error de hecho o aritmético no se devengarán más salarios de trámite que los ofrecidos, pero si la diferencia estriba en haber utilizado el empresario como elemento multiplicador una antigüedad o un salario incorrectos procederá la condena al pago de salarios de trámite desde el despido hasta la sentencia.

El empresario que desee eximirse del pago de los salarios de trámite debe ofrecer o consignar **la cantidad legalmente debida**, pues, en caso contrario, la oferta se tiene por no hecha.

5. Supuestos prácticos

- El empresario que comunica formalmente el despido basado en hechos constitutivos de despido procedente. ¿Puede, no obstante, reconocer la improcedencia, para evitar el juicio? Sí, pues no existe prohibición legal alguna en contra.

- Aunque parezca un contrasentido extinguir la relación por incumplimiento grave y culpable del trabajador y, a renglón seguido, reconocer la improcedencia del despido, puede hacerse y de hecho existen supuestos en los que es aconsejable hacerlo; por ejemplo:

- Si se han producido incumplimientos graves por el trabajador; pero de difícil prueba por el empresario.
- Si existen causas por el despido procedente pero la empresa prefiere una solución menos drástica atendiendo bien a la trayectoria del trabajador, bien a mantener la paz social con el resto de los trabajadores, o por razones de imagen.

En este caso la fórmula de redacción de la carta de despido debiera ser la propia de la imputación de infracciones cometidas por el trabajador y, a continuación, realizar la siguiente o parecida manifestación: *No obstante el despido adoptado por esta empresa, y a los solos efectos de evitar la litigiosidad (o por dificultad de probarlo plenamente), reconocemos la improcedencia del despido y ponemos a su disposición la cantidad... en concepto de indemnización legal por despido. Si no fuese aceptada se procederá a su consignación y, en caso de que demandase Ud. por despido, esta empresa se reserva la posibilidad de defender su procedencia en juicio.*

Si se hiciera esa advertencia y el trabajador demandara por despido la empresa puede mantener en juicio la procedencia del despido reiterando la imputación de hechos de la carta, probándolos y solicitando sentencia que declare la procedencia. Esta opinión está fundamentada en la institución del concurso de la oferta y la aceptación que, si se produce, obliga a ambas partes, y si no se acepta libera al oferente de su ofrecimiento (art. 1262 del C.C.). El C.C., en su art. 1180, dispone **“hecha debidamente la consignación, podrá el deudor pedir al juez que mande cancelar la obligación. Mientras el acreedor no hubiere aceptado la consignación, o no hubiera recaído la declaración judicial de que está bien hecha, podrá el deudor retirar la cosa o cantidad consignada dejando subsistente la obligación”**.

- La oferta de la indemnización ¿debe ser siempre, como mínimo, la legalmente establecida? ¿Cabe negociarla entre las partes?

Nada impide que, como ha venido sucediendo hasta ahora, las partes concilien el despido en cuanto a la cantidad a indemnizar. No obstante, si no llegasen a un acuerdo el empresario, para evitar el devengo de los salarios de tramitación, deberá depositar en el juzgado la cantidad legalmente establecida (45 o 33 días por año de servicio según se trate de contrato ordinario o para fomento de la relación indefinida).

- Si el trabajador acepta la oferta indemnizatoria o, tras la consignación judicial por el empresario, solicita del juzgado su entrega ¿puede demandar por despido? No, pues el pago/cobro de la indemnización extingue la relación laboral con efectos desde el cese en el trabajo.

Para el caso de que el trabajador que ha cobrado la indemnización formule demanda por despido, el empresario podrá alegar en juicio, en el trámite de contestación y con carácter previo, la excepción de falta de acción, pues con la percepción de la indemnización se dio por finalizada la relación laboral, que ya no puede rehabilitarse. La aceptación de la indemnización, es incondicional; no debe admitirse el cobro de la indemnización “a cuenta de”. Si se admitiese así el trabajador podría continuar la demanda.

- ¿Puede sustituirse la consignación judicial por la transferencia bancaria a la cuenta del trabajador donde se le ingresa habitualmente los salarios? No, pues la ley sólo contempla, tanto ahora como antes de la modificación, la consignación judicial como requisito para liberar del pago de salarios de trámite. Su explicación es sencilla: si se transfiere la cantidad ofrecida y rechazada a la cuenta corriente del trabajador ¿cómo justificar que éste la ha aceptado? Y, en cuanto al trabajador, ¿tendría que devolverla para justificar su no aceptación? Para evitar todo ello es preciso la consignación judicial.

- Si transcurren más de 48 horas (dos días hábiles) desde el despido ¿puede el empresario consignar sólo la indemnización, o es obligado también consignar los salarios de trámite hasta la fecha de la consignación? Aunque ni en el anterior texto del art. 56.2 ni en el actual se refieren a esta obligación, pues sólo menciona la consignación de la indemnización, la jurisprudencia del T.S. ha venido a solucionarlo exigiendo también la consignación de los salarios de trámite, pues si no se hace así desaparece el beneficio que la norma configura. En efecto, si se trata de evitar el juicio reconociendo ya la improcedencia debe ofrecerse todo lo que en la sentencia, de seguirse el juicio, establecería a favor del trabajador: indemnización y salarios de trámite hasta la consignación que sigue al reconocimiento de la improcedencia (S.T.S. de 4-3-97, a pesar de que cuenta con un voto particular en contra de la obligación de consignar los salarios de trámite, del Magistrado J.M. Marín Correa).

• En los supuestos en que el empresario no reconoce la improcedencia ni deposita cantidad alguna, si tras la sentencia que declara el despido improcedente el empresario opta por la extinción indemnizada pero no abona la indemnización en los cinco días que tiene para optar, ¿qué efectos produce su opción?. Entendemos que los mismos efectos de extinción de la relación laboral que se producían en el anterior redactado del Art. 56.2, pues la interpretación del actual redactado que se ha dado por alguna sentencia en el sentido de vincular la opción extintiva al pago de la indemnización **dentro del plazo de cinco días** tras la notificación de la sentencia, con apercibimiento de que, de no abonarla, se le tendrá por hecha la opción por la reincorporación del trabajador carece de apoyatura legal, pues la opción sólo puede ejercerla el empresario y no puede ser sustituida por una decisión judicial.

Las sentencias a que ha hecho referencia contienen el siguiente fallo: “que estimando la demanda... declaro la improcedencia del despido, condenando a la empresa... a que dentro de los cinco días siguientes al de la notificación de esta sentencia opte entre readmitir al trabajador demandante abonándole los salarios de tramitación a razón de... euros/día, o le abone la indemnización de... euros, lo que tendrá efectos de extinción de la relación laboral desde la fecha del despido, con la **advertencia expresa de que esta opción no tendrá eficacia alguna si la indemnización no es entregada al actor o depositada en el juzgado dentro del indicado plazo, en cuyo caso se tendrá por ejercitada la readmisión con el consiguiente abono de los salarios especificados en la primera opción**”.

Esta y otras soluciones al redactado del art. 56 en el RDL 5/02 son consecuencia de la pésima redacción del citado precepto cuando dispone: “**el abono de la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo**”. ¿Qué quiso decir el legislador? ¿Es admisible la consecuencia “a contrario sensu” de que mientras no se abona la indemnización, sigue en vigor la relación laboral? Pensamos que no ha podido ser ésta la intención del legislador, y ello por las siguientes razones:

a) Ni antes del RDL 5/02 ni después de la L 45/02, ni en la exposición de motivos, ni en la discusión parlamentaria se ha mencionado la modificación en el tratamiento que ha tenido siempre el pago de la indemnización como efecto, y no como requisito del despido improcedente con opción extintiva.

b) Caso de admitirse la interpretación literal del texto antes comentado y las sentencias citadas se dejaría en completa desprotección al trabajador en el caso de impago o insolvencia del empresario pues, hasta que no se dictase auto de insolvencia y no se abonase por el FOGASA la cantidad indemnizatoria garantizada, el trabajador, al no haberse extinguido la relación por falta de cobro de la indemnización, no podría obtener el auto de extinción de la relación (“el abono de la indemnización determina la extinción del contrato de trabajo”), por lo que no nacería la situación legal de desempleo y no podría cobrar la prestación ni los salarios de trámite (eliminados por el RDL 5/02 durante su limitada vigencia) ni salarios efectivos (pues no se optó ni tácita ni expresamente por la readmisión) ni la indemnización, que paliaría la falta de otros ingresos, dada la insolvencia de la empresa. Ante ese panorama sólo cabría continuar con la ejecución de la sentencia, dando por extinguido el contrato de trabajo y requiriendo de pago de la indemnización para continuar por la vía de apremio.

Resumiendo: el pago de la indemnización no es un requisito del despido improcedente, sino un efecto propio del incumplimiento sin causa de una obligación contractual (continuación del contrato) provocado por el empresario y que le lleva, como principio general, en el derecho de obligaciones de indemnizar por el daño causado en el incumplimiento de un contrato. Además, de admitirse la tesis de las sentencias apuntadas se produciría una discriminación injustificada del empresario carente de bienes o efectivo para abonar la indemnización dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia, que no podría extinguir el contrato, obligándole a la readmisión incluso en ocasiones de imposibilidad material (cierre de la empresa). Téngase en cuenta que el T.C. ha declarado que no es inconstitucional el precepto que reconoce al empresario el derecho a optar por la extinción del contrato en el despido improcedente o sin causa, y no puede negársele ese derecho ni sujetarlo a otras condiciones.

Por lo expuesto, entendemos que, caso de impago de la indemnización dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia, debe seguir la tramitación que ha sido tradicional y continuar en la actual Ley 45/02 de proceder al pago de la indemnización en la ejecución de la sentencia sin que ello afecte al auto extintivo como consecuencia de la opción ejercitada y como requisito para que se produzca la situación legal de desempleo, iniciando la protección del trabajador despedido.

En contra de esta tesis, que mantuvo el TSJ de Cataluña en alguna sentencia, ese mismo Tribunal, esta vez en pleno, para unificación de su doctrina, dictó la sentencia de 4-11-03 sobre salarios de tramitación en despido improcedente, concluyendo que, para que el empresario pueda acogerse a la extinción de salarios de tramitación en despido improcedente en el período en que estuvo vigente el RDL 5/02, y en la actual redacción de la Ley 45/02, para que el empresario pueda optar por la extinción indemnizada deben cumplirse todos y cada uno de los siguientes requisitos:

- a) La decisión empresarial de optar por la extinción de la relación.
- b) El ejercicio de la opción deberá manifestarse en los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia que declara la improcedencia del despido, y
- c) Que en ese mismo e improrrogable plazo de cinco días el empresario debe **abonar la indemnización** so pena de tener que abonar los salarios de tramitación (en el supuesto del despido improcedente al amparo de RDL 5/02), o de tenérsele, por el Tribunal y de oficio, por hecha la opción a favor de la reincorporación.

6. Constitucionalidad de la reforma de los salarios de trámite

Antes de la reforma de 1994 los salarios de tramitación se devengaban desde la fecha del despido hasta la sentencia que declaraba la improcedencia del mismo, cualquiera que fuese la acción ejercitada por el empresario, según el art. 56 del E.T.

En la pactada reforma de 1994 se intentó su desaparición para los supuestos en que el empresario reconociese la improcedencia del despido y, al mismo tiempo, abonase al trabajador (o lo consignase judicialmente) el importe de la indemnización legal más el de los salarios de tramitación, sólo hasta el día del reconocimiento de la improcedencia. Esa propuesta se quedó a mitad de camino por la lógica oposición de los representantes sindicales. No obstante, a nadie se escapó que la siguiente reforma iría más allá del texto de 1994 que, recordémoslo, permitía reducir los salarios de trámite hasta el acto de conciliación si, en él, la empresa reconocía la improcedencia del despido y pagaba o consignaba la indemnización y los salarios de trámite devengados hasta esa fecha.

El R.D.L. 5/02, suprimió de raíz los salarios de trámite en los casos de opción por la extinción indemnizada, y la posterior Ley 45/02, de 12 de Diciembre, los restablecía sólo en los supuestos en los que el empresario no hubiese reconocido la improcedencia del despido y pago o consignación de las cantidades indemnizatorias antes del acto de conciliación (administrativa).

La modificación del año 1994 no fue cuestionada; no obstante la del RDL y, más tarde, la de la L. 45/02 han sido fuertemente criticadas, a pesar de tener el mismo fundamento legal y doctrinal que la operada en 1994 por la que se introdujo el punto 2 del art. 56 del E.T. Incluso se ha cuestionado su constitucionalidad, y así se ha planteado por el juzgado de lo Social nº 2 de Badajoz una cuestión de inconstitucionalidad. Su argumentación, resumida, estima que:

a) Puede haberse conculcado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la C.E.) por permitir que sea el empresario condenado el que marque la extensión de la condena (salarios) que será mayor si readmite al trabajador o menor si extingue el contrato.

b) Se alega vulneración del derecho constitucional al trabajo (art. 35 de la C.E.) por considerar que la desaparición total o parcial de los salarios de trámite facilita el despido y, con ello, vulnera el derecho a conservar el puesto de trabajo.

Estas consideraciones, pendientes de resolución por el Tribunal Constitucional, han sido contestadas en la sentencia de fecha 21 de Noviembre del 2002, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que considera constitucionales las reformas a las que hemos hecho referencia, en base a los siguientes argumentos:

a) La opción empresarial contempla supuestos distintos: la readmisión del trabajador, que supone que nunca se interrumpió la relación (de ahí la obligación de pagar los salarios no cobrados por causa no imputable al trabajador y sí al empresario), y la decisión extintiva o finalización irremisible del contrato. Además, la modificación legislativa se encuadra en la línea de pluralidad de reformas laborales en aras a la flexibilización del mercado de trabajo. El hecho de que sea una opción legislativa discutible y que no despierta adhesiones no la convierte en inconstitucional.

b) En cuanto a que la opción deja en manos del empresario condenado fijar el coste de la condena, no es elemento nuevo sin permanente en el E.T., y con la consensuada limitación hasta el acto de conciliación si hay ofrecimiento de pago de la indemnización desde la reforma del 94, que no ha sido cuestionada.

Otra cosa distinta es que el uso abusivo del gobierno de turno de la técnica del R.D.L., no deja de ser un auténtico fraude constitucional al que debería poner freno, de una vez por todas el T.C., ahora que tiene ocasión, al tener que resolver los recursos planteados, precisamente, en denuncia de ese uso abusivo.

7. Efectos fiscales de la indemnización abonada antes de la conciliación

A efectos fiscales-tributarios se ha venido exigiendo un documento, acta de conciliación ante el funcionario público del CMAC, o resolución judicial (conciliación judicial o sentencia) como única forma de acreditar que las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnización por despido lo son por ese concepto.

Con la publicación del RDL 5/02, que establecía la posibilidad de finalizar la relación por el simple reconocimiento de improcedencia y pago de la indemnización, sin más requisitos que la aceptación por el trabajador, quedaba el escollo no resuelto de cómo acreditar sin documento público la cualidad de indemnización legal de la cantidad percibida, a los efectos de hacerlo constar en la declaración de renta del trabajador. Hoy, la Ley 45/02 ha subsanado el problema introduciendo en su Disposición Adicional Duodécima la modificación del art. 7. e) de la Ley 40/1998 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Así se establece que tendrán la consideración de rentas exentas de impuestos:

Las indemnizaciones por despido o cese del trabajador, en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el E.T. y en su normativa de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato.

Cuando se extinga el contrato de trabajo con anterioridad al acto de conciliación estarán exentas las indemnizaciones por despido que no excedan de la que hubiera correspondido en el caso de que el mismo hubiera sido declarado improcedente, y no se trate de extinciones de mutuo acuerdo en el marco de planes o sistemas colectivos de bajas incentivadas.

Por lo tanto, la cantidad que se abone por indemnización por despido que figure en simple recibo que así lo especifique estarán exentas del IRPF siempre que no superen las cantidades legales establecidas en el E.T. para el despido improcedente: 45 días de salario por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades, o lo 33 días de salario por año de servicio con un máximo de 24 mensualidades en supuestos de contratos acogidos a la modalidad de fomento a la contratación estable, y siempre que no se trate de un proceso colectivo de bajas anticipadas.

8. El FOGASA y los salarios de trámite pactados en conciliación

La fundamental sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) de 12-12-02 ha supuesto la práctica modificación del Art. 33.2 del E.T. en lo referente a la cobertura, por el FOGASA, de las deudas salariales e indemnizatorias de las empresas frente a sus trabajadores en caso de insolvencia de aquéllas.

En su redacción actual, el FOGASA sólo cubre los salarios de tramitación si éstos son declarados y cuantificados en sentencia o en resolución administrativa (en los supuestos de ERE); pero no cuando aquellos son pactados o reconocidos por la empresa en acto de conciliación (ya sea administrativa o judicial). El TJCE considera que esa distinción legal (del Art. 33) entre salarios por trabajo realizado y salarios de tramitación no tiene fundamento objetivo ninguno; en consecuencia, considera que los salarios de tramitación tienen (al menos a estos efectos de garantía por el FOGASA) naturaleza salarial y, como tal salario, estarán cubiertos por la Directiva 80/987/CEE. Así, razona el Tribunal que el principio fundamental de igualdad y no discriminación exige que las situaciones comparables no reciban un trato diferente si no se justifica objetivamente, el trato distinto que el art. 33 da a los salarios por trabajo realizado reconocidos en conciliación, protegidos por el FOGASA según el art. 33.1 del E.T., y los salarios de tramitación, excluidos por el Art. 33.2 por su carácter indemnizatorio, no tienen justificación ninguna.

Prescinde el TJCE de la calificación de indemnizatorios que les da a los salarios de trámite nuestro ordenamiento (al menos el que les daba antes de la reforma introducida por la Ley 45/02, como veremos más adelante). El TJCE los considera tan salario como el devengado por trabajo efectivo y los sitúa al amparo de la directiva 80/987/CEE, de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.

Para justificar esa diferencia de trato en la protección por el FOGASA, el Gobierno de España invocó expresamente el Art. 10 de la Directiva citada, que permite a los Estados miembros adoptar las medidas necesarias con el fin de evitar abusos. No obstante, ese argumento de evitar el fraude dado por el Estado Español es contestado en esta sentencia al decir el Tribunal que el FOGASA dispone de garantías suficientes para evitar todo tipo de fraude, al poder analizar por sí mismo cada situación individualizadamente mediante la resolución motivada dictada en el expediente instruido a instancia del trabajador para obtener el pago de las cantidades que reclama al Fondo, denegándolo si considera que la conciliación (administrativa o judicial) ha constituido un fraude de ley. Además, añade el Tribunal que la conciliación, al menos la judicial, está estrictamente controlada por el órgano jurisdiccional que debe aprobarla, con arreglo a las medidas anti-fraude del art. 84 de la LPL.

Esta jurisprudencia emanada del TJCE es de obligado cumplimiento, como recuerda la citada sentencia en su punto 44, que concluye diciendo que, en consecuencia a lo expuesto, el juez nacional **debe** dejar sin aplicación la normativa nacional (en este caso el art. 33.2 del E.T.) que, vulnerando el principio de igualdad, excluye del concepto de retribución, en el sentido del art. 2.2 de la Directiva, los créditos correspondientes a salarios de tramitación pactados en conciliación celebrada ante un órgano jurisdiccional y aprobada por él, y debe aplicar a los salarios de trámite el carácter de “retribución” que les confiere la directiva 80/987/CEE.

Esperemos que, por vía de unificación de criterios, en aplicación de la normativa comunitaria, se eviten espectáculos tan deprimentes como el que se da al definir la naturaleza de los salarios de tramitación, al que nuestro legislador le asigna bien la de indemnizatorios bien la de salariales, según el régimen jurídico que quiere que se les aplique, ambigüedad que ha llevado a los juzgados de lo Social a contradicciones como éstas:

Sentencia del TSJ de Galicia del 14-10-02: “...teniendo los salarios de tramitación naturaleza indemnizatoria...”.

Sentencia del TSJ de Asturias de 14-5-02: “...óbito, no está de más salir aquí al paso del extendido y poco meditado error que atribuye causa indemnizatoria a los salarios de tramitación...”.

9. Cotización y liquidación de los salarios de trámite

En el supuesto en que el empresario hubiese cursado la baja en Seguridad Social del trabajador despedido, pueden resultar las siguientes situaciones:

a) La relación se extingue por haber aceptado el trabajador la indemnización y los salarios de tramitación, al haberse abonado aquélla pasadas 48 h. tras el despido.

b) El empresario opta por la extinción indemnizada en los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia que declare la improcedencia del despido con condena al pago de salarios de trámite.

En ambos supuestos el empresario deberá cursar de nuevo el alta y la baja en Seguridad Social por el período en que se han devengado salarios de trámite, y, en consecuencia, debe realizar una liquidación complementaria por el importe de los salarios de tramitación devengados, confeccionando tal liquidación con todo detalle.

Se realizará una liquidación por mes si el tipo de cotización fuese distinto (por base, tope, tipo o demás condiciones).

Si el tipo de cotización fuese el mismo se podrá hacer una sola liquidación complementaria (un solo boletín) que abarque los meses liquidados si a ese boletín único se le unen los TC2 por cada uno de los meses transcurridos.

La liquidación comprende todos los salarios de trámite, incluidos los correspondientes al Estado por superar los 60 días hábiles entre la demanda y la sentencia. Ello sin perjuicio de reclamar, después, el empresario al Estado, junto con los salarios responsabilidad de este último, el reintegro de las cotizaciones efectuadas por cuenta de éste. El plazo para liquidar las cuotas por salarios de tramitación concluye el último días del mes siguiente a aquél en que se haya notificado el acta de conciliación, la sentencia o el auto judicial de extinción de la relación laboral (hoy habría que añadir desde la consignación o pago al trabajador si se hace antes de la conciliación).

La cotización debe hacerse por todas las contingencias, si bien, como concluye Damián Beneyto en su art. "Los salarios de tramitación y su cotización a la Seguridad Social tras la Ley 45/02", publicado en la Revista de Trabajo y Seguridad Social, nº 239, del Centro de Estudios Financieros, entendemos "*que respecto a la contingencia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales no se debería cotizar, toda vez que al no prestar el trabajador sus servicios no existe tal riesgo y al cotizarse por tal contingencia se produce un enriquecimiento injusto por parte del INSS o de la Mutua de Accidentes, al lucrarse de unas cuotas sin asumir ningún riesgo. En todo caso lo más que se podría admitir sería asimilar al trabajador en situación de incapacidad temporal y cotizar por el Epígrafe 126 (trabajadores en período de baja, al tipo de 0,9 % del R.D. 2930/1979, de 29 de diciembre).*

Como conclusión, entendemos que, independientemente de la obligación de cotizar por los salarios de tramitación, durante el período de devengo debería considerarse al trabajador en situación asimilada al alta o de "alta especial" a los efectos de posibles prestaciones de la Seguridad Social derivadas de cualquier contingencia ocurrida durante dicho período (pensemos en la posible muerte del trabajador por accidente no laboral o enfermedad súbita), y no sólo a los efectos, exclusivamente, de la asistencia sanitaria, tal como prevé la Orden de 14 de Septiembre de 1984.

¿Qué sucede si el trabajador despedido presenta demanda por despido y, antes del juicio, inicia un proceso de I.T. o si lo inicia antes de que el empresario haya reconocido la improcedencia y haya cobrado la indemnización y salarios de trámite hasta esa fecha? ¿Procede el pago del subsidio de I.T.? ¿Procede la cotización por los salarios de trámite una vez iniciada la I.T.?

Siguiendo a Damián Beneyto en el trabajo antes citado, y de conformidad con la Ley 45/02, hay que diferenciar dos situaciones:

1.- *El trabajador despedido comienza a percibir la prestación por desempleo desde la fecha de efectos indicada en la carta de despido e impugna el despido.*

En este caso, al iniciar el proceso de incapacidad temporal se le aplica el Art. 222.3 del TRLGSS (en la redacción dada por la Ley 24/2001, de 27 de Diciembre), por lo que el trabajador comienza a percibir la prestación de incapacidad temporal hasta su extinción en cuantía igual a la prestación por desempleo que venía percibiendo, tanto si el pase a la situación de incapacidad temporal constituye o no recaída de un proceso anterior iniciado durante la vigencia del contrato de trabajo, pero el período de percepción de la prestación por desempleo no se amplía por la circunstancia de que el trabajador pase a la situación de incapacidad temporal, y durante esta situación el INEM abona las cotizaciones a la Seguridad Social, consistentes en la aportación del empresario y el 35 % de la aportación del trabajador correspondientes a contingencias comunes (sin desempleo, FOGASA, formación profesional ni accidentes de trabajo ni enfermedades profesionales).

Si la sentencia que recaiga en su día declara la improcedencia del despido y se opta por la indemnización, se diferencian dos supuestos: a) si el trabajador no tiene derecho a salarios de tramitación (por haber reconocido el empresario la improcedencia del despido y depositado el importe de la indemnización en las 48 horas siguientes al despido), no existe obligación de cotización empresarial por los mismos; b) si el trabajador tiene derecho a salarios de tramitación, el empresario debe dar de alta y cotizar durante todo el período correspondiente a los salarios de tramitación (y el INEM debe reclamar a la Tesorería General de la Seguridad Social las cotizaciones abonadas).

Si la sentencia declara la improcedencia del despido y la opción es por la readmisión, el empresario debe dar de alta y cotizar durante todo el período correspondiente a los salarios de tramitación (reclamando el INEM a la Tesorería General las cotizaciones abonadas).

2.- *El trabajador despedido impugna el despido sin comenzar a percibir la prestación por desempleo.*

En este supuesto el INSS debe abonar la prestación de incapacidad temporal desde el inicio de tal situación. Si la sentencia que en su día recaiga declara la improcedencia del despido y se opta por la indemnización, se

diferencian dos supuestos: a) si el trabajador no tiene derecho a salarios de tramitación, no existe, por tanto, cotización empresarial por los mismos; b) si el trabajador tiene derecho a salarios de tramitación, el empresario tiene obligación de dar de alta al trabajador y cotizar durante todo el período correspondiente a los salarios de tramitación. Y entendemos que el trabajador se encuentra desde la fecha de la sentencia en situación legal de desempleo, debiendo percibir la prestación por desempleo desde la fecha del cese efectivo en el trabajo (fecha de efectos del despido) hasta la fecha de inicio de la incapacidad temporal (por imperativo legal).

Si la sentencia declara la improcedencia del despido y la opción es por la readmisión sí que procede la cotización, por la empresa, de los salarios de tramitación devengados hasta la fecha de la sentencia y el abono, por el empresario, de tales salarios al trabajador hasta la fecha de inicio de la situación de incapacidad temporal.

10. Pago por el Estado de parte de los salarios de tramitación

La Ley 45/02 ha subsanado el incomprensible vacío del RDL 5/02 y, en su Art. 57, vuelve a establecer la obligación del Estado al pago de los salarios de tramitación que se hayan devengado en exceso por mal funcionamiento de la Administración de Justicia.

Resumiendo, la reclamación al Estado:

- Sólo procede en los supuestos de despido improcedente, no en los salarios de tramitación impuestos en sentencia por despido declarado nulo.
- Sólo se cuentan los días desde la presentación de la demanda y no desde la fecha del despido.
- Sólo se computan los días hábiles.
- Hay que descontar los días en que el procedimiento ha estado suspendido o se ha demorado a petición o por causa imputable al empresario, puesto que esos días corresponde abonarlos al empresario.
- El empresario debe abonar toda la suma a que ascienden los salarios de tramitación y, después, con exhibición del recibo o de la diligencia judicial en la que consta el pago, reclamar al Estado lo que exceda de los sesenta días hábiles desde la presentación de la demanda.
- Si la empresa ha desaparecido o es insolvente puede, el trabajador acreedor, reclamar directamente al Estado por la diferencia a partir de los sesenta días hábiles, que es cuando comienza la responsabilidad directa del Estado.

RESUMEN TELEGRÁFICO

- El empresario puede evitar o acortar el devengo de salarios de tramitación si reconoce la improcedencia del despido desde la fecha de éste (el despido efectivo, no la notificación de despido) hasta la conciliación (administrativa, aunque la Ley no lo mencione expresamente).

- Si la opción por la readmisión o la extinción indemnizada corresponde al trabajador (por ser representante legal de los trabajadores o porque así lo establece el Convenio Colectivo) los salarios de trámite se devengan siempre hasta que el trabajador, tras la sentencia, opta:

- a) Si lo hace por la readmisión, porque se entiende que no hubo nunca despido y los salarios se deben desde el despido, interrumpidamente.

- b) Si opta por la extinción indemnizada, porque, en este caso, se sigue la normativa anterior al R.D.L. 5/02 ya que las modificaciones que tratamos en este trabajo sólo afectan a la opción por la extinción indemnizada cuando ese derecho corresponde al empresario.

- Para que se produzca la supresión de los salarios de tramitación es preciso:

- Que se pague al trabajador o que se deposite en el juzgado el importe de la indemnización legal.
- No tiene validez la transferencia a la cuenta del trabajador en sustitución de la consignación judicial, si no consta la aceptación por el trabajador.

- Debe comunicarse al trabajador el reconocimiento de la improcedencia, la opción por la extinción y el hecho de la consignación.

- Si la notificación se hace en el último domicilio que le conste a la empresa, la notificación es válida aun cuando no la reciba el trabajador por ausencia de su domicilio o por cambio de éste no notificado a la empresa.

- Si, por no reconocer la improcedencia del despido dentro de las 48 horas siguientes a éste, se hubieran comenzado a devengar salarios de tramitación es necesario consignar éstos junto con la indemnización para poder favorecerse de la paralización en el devengo de los salarios de tramitación posteriores (STS de 23-4-99, entre otras muchas).

- La oferta de la indemnización al trabajador ha de ser clara y determinada, y, si se hace junto a los salarios de trámite, finiquito u otros adeudos, **ha de constar claramente cada uno** (se aconseja no mezclarlo con la liquidación por finiquito).

- Si el empresario no pudo acudir al acto de conciliación por defecto de la citación del CMAC, por lo que **desconocía** la demanda presentada por el trabajador, el período para optar y paralizar los salarios de tramitación se prolongará hasta el día en que tuvo conocimiento de la demanda del trabajador, en cuyo momento puede realizar válidamente el reconocimiento de improcedencia, la opción y la consignación.

- El cómputo de las 48 horas para consignar tras el despido, si finalizase en festivo (o sábado declarado inhábil por la vigente LOPJ), será de aplicación lo dispuesto en la LEC para estos supuestos: se podrá realizar válidamente la consignación al siguiente día hábil.

- Una vez aceptada por el trabajador la indemnización, o cuando la sentencia ratifique la improcedencia reconocida por el empresario, la relación se tiene por extinguida desde la fecha del despido (no desde la notificación de éste si en ella se fija una fecha de efectos posterior).

- Al reabrir la Ley 45/02 la posibilidad de que se devenguen salarios de tramitación por despido improcedente, vuelve a recobrar su vigencia la responsabilidad subsidiaria del FOGASA y la del Estado, en los términos de los arts. 33 y 57 del E.T. (ambas habían sido suprimidas por el RDL 5/02).

- Cuando se acredite que el trabajador, durante la tramitación del despido, prestó sus servicios para otra empresa, pero la empresa demandada no pruebe lo que ha cobrado el trabajador, se descontará de los salarios de trámite devengados sólo el importe del salario mínimo interprofesional vigente durante el período trabajado con la nueva empresa, siempre que no se acredite cantidad superior (incomprensiblemente, la carga de la prueba de percepción superior corresponde a la empresa condenada al pago de los salarios de trámite, lo que puede devenir diabólica a poco que el trabajador no coopere) (STS de 14-3-95 y 31-1-96).

- También se descontará de los salarios de tramitación los beneficios obtenidos por el trabajador despedido si durante la tramitación del despido realizó trabajos por cuenta propia (STS de 22-3-99).

- Si se recurre la sentencia de despido en suplicación, la empresa sólo abonará los salarios de trámite devengados hasta que optó por la extinción indemnizada, y no los que correspondan a la tramitación del recurso de suplicación, durante cuyo período el trabajador estará en situación legal de desempleo (STS de 30/9 y 30/12 de 1998).

- La responsabilidad del Estado por los salarios de tramitación que excedan de los 60 días desde la interposición de la demanda sólo se da en los casos de despido improcedente con opción por la extinción indemnizada, nunca en los despidos nulos ni en los improcedentes con opción por la readmisión (STS de 7-7-97).

La existencia de error excusable en la cantidad consignada por el empresario en concepto de indemnización y/o salarios de tramitación no impide la supresión de los salarios de trámite si existió buena fe por el empresario. Hay que contemplar cada caso por separado para dar la solución, pues resulta difícil establecer una regla general.

- La sentencia que declare la improcedencia del despido determinará las cantidades que resulten, tanto por los salarios de trámite como por la indemnización.

Como los salarios se devengan hasta la notificación de la sentencia y al dictarla se ignora cuándo se producirá aquélla, el juez deberá especificar los salarios de trámite con la cifra de salario-día.

- Si en la sentencia se declara la improcedencia del despido y se condena al pago de los salarios de tramitación, éstos abarcarán también a los días que median entre la notificación de sentencia y la fecha en que el empresario formalice la opción.

- Al producirse el despido, la empresa dará de baja al trabajador en la Seguridad Social. Si la sentencia dictamina la nulidad del despido o la improcedencia y el empresario opta por la readmisión hay que dar nuevamente de alta con efectos retroactivos abonando las cuotas del período intermedio.

- Si el trabajador cobró prestación por desempleo mientras tramitaba la demanda de despido y la sentencia declarase la nulidad o la improcedencia con derecho a salarios de trámite, la empresa abonará, a requerimiento del INEM las prestaciones que éste abonó al trabajador, y la empresa descontará dicho importe del de salarios de tramitación.

- Si la empresa abonó los salarios de trámite y, posteriormente, el INEM le reclama la devolución de las prestaciones de desempleo abonadas al trabajador, la empresa debe pagarlas al INEM, adquiriendo acción contra el trabajador para su reintegro.

- Cuando se acredita el empleo en otra empresa pero no la cuantía de lo percibido, se presume que equivale al salario mínimo interprofesional.

- Las cantidades percibidas por trabajo prestado en otra empresa durante la sustanciación del procedimiento de despido han de deducirse de los salarios de tramitación también en los casos de despido nulo.
- En el mismo supuesto antes contemplado, también la empresa podrá descontar de los salarios de trámite los beneficios obtenidos como trabajador autónomo durante la tramitación del proceso de despido.
- La fecha límite de abono de los salarios de tramitación es aquella en que la empresa ejercita la opción a favor de la extinción indemnizada, no prolongándose su abono durante la tramitación del recurso de suplicación por ella interpuesto, lapso temporal durante el que el trabajador se encuentra en situación legal de desempleo.
- La responsabilidad del Estado en el abono de los salarios de trámite que excedan de los sesenta días hábiles desde la presentación de la demanda, se extiende hasta la fecha de notificación de la sentencia que por primera vez declare la improcedencia del despido.
- La reclamación al Estado de los salarios de tramitación sólo procede en los supuestos de declaración de improcedencia del despido en la instancia, nunca de nulidad, y siempre que además, el empresario hubiera optado por la extinción indemnizada (STS de 7-7-97).
- El trabajador que accede a la situación de I.T. durante el tiempo en que está devengando salarios de tramitación (una vez despedido), por ser declarado con posterioridad el despido improcedente o nulo, tiene derecho al subsidio de I.T., y no a ambas prestaciones de forma simultánea (STS de 28-5-99).