

**LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN
Y SU COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL
TRAS LA LEY 45/2002, DE 12 DE DICIEMBRE**

**Núm.
9/2003**

DAMIÁN BENEYTO CALABUIG

Inspector de Trabajo y Seguridad Social

Extracto:

El Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad (socialmente conocido por «el decretazo»), produjo gran indignación a sindicatos y partidos de la oposición, al ser aprobado por sorpresa por el Gobierno tras el anuncio y comunicación de una huelga general. Seis meses y medio después el BOE de 13 de diciembre de 2002 publica la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, asimismo de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad (conocida vulgarmente como «el contradecretazo» o la «contrarreforma»), que deroga el Real Decreto-Ley 5/2002.

Este comentario aborda únicamente el tema de los salarios de tramitación y su cotización a la Seguridad Social, que ha resultado modificado de forma sustancial por la Ley 45/2002, aplicable a los despidos producidos a partir del 14 de diciembre de 2002, estableciendo tres novedades esenciales:

1. Exoneración de los salarios de tramitación: cuando el empresario reconozca la improcedencia del despido disciplinario, ofrezca la indemnización prevista para el mismo y la deposite en el Juzgado de lo Social en el plazo de las 48 horas siguientes al despido, a disposición del trabajador.
2. Limitación del devengo de los salarios de tramitación: cuando el empresario reconozca la improcedencia del despido disciplinario (desde la fecha del despido hasta la de la conciliación), ofrezca la indemnización prevista para el mismo y la deposite en el Juzgado de lo Social transcurrido el plazo de las 48 horas siguientes al despido, a disposición del trabajador.
3. Retorna el pago (y cotización) por el Estado de los salarios de tramitación devengados cuando la sentencia que declare la improcedencia del despido se dicte transcurridos más de 60 días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda.

Un hecho insólito se ha producido en el Derecho Laboral español: en el año 2002 han estado vigentes tres regulaciones distintas en materia de despido y protección por desempleo, una hasta el 25 de mayo, otra del 26 de mayo al 13 de diciembre y, finalmente, una tercera a partir del 14 de diciembre de 2002. Y la consecuencia de ello es que, según la fecha de su despido, el trabajador ha tenido derecho a salarios de tramitación y cotización a la Seguridad Social, ha perdido tales salarios, o los ha recuperado en determinadas condiciones.

A través de estas páginas se comenta la nueva regulación, analizándose de forma pormenorizada los distintos supuestos que pueden presentarse una vez entregada la carta de despido, con un enfoque práctico apoyado en cuadros-resúmenes comparativos de la normativa anterior, el Real Decreto-Ley 5/2002 y la Ley 45/2002, para facilitar su alcance y comprensión.

Sumario:

- I. Introducción.
- II. Situación anterior al Real Decreto-Ley 5/2002 (hasta el 25 de mayo de 2002).
- III. Situación durante la vigencia del Real Decreto-Ley 5/2002 (período del 26 de mayo al 13 de diciembre de 2002).
 1. Modificaciones en materia de despido.
 2. Modificaciones en materia de prestación por desempleo.
 - 2.1. Situación legal de desempleo.
 - 2.2. Despido improcedente con opción por la indemnización.
 - 2.3. Despido nulo o despido improcedente con opción por la readmisión.
- IV. Situación tras la Ley 45/2002 (a partir del 14 de diciembre de 2002).
 1. Modificaciones en materia de despido.
 2. Modificaciones en materia de prestación por desempleo.
 - 2.1. Situación legal de desempleo.
 - 2.2. Despido improcedente con opción por la indemnización.
 - 2.3. Despido nulo o despido improcedente con opción por la readmisión.
 - 2.4. Auto de extinción de la relación laboral.
 - 2.5. Suspensión y reanudación de la prestación por desempleo.
- V. Forma y plazo de cotización de los salarios de tramitación.
- VI. Los salarios de tramitación y la situación de incapacidad temporal.
 1. Concurrencia de incapacidad temporal y salarios de tramitación.
 2. Inicio de la incapacidad temporal durante la tramitación de la acción por despido.
- VII. Efectos de la Ley 45/2002 para el empresario, el trabajador y el Estado.
 1. Efectos para el empresario.
 2. Efectos para el trabajador.
 3. Efectos para el Estado.
- VIII. Cuadros-resúmenes.

I. INTRODUCCIÓN

El Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, publicado en el BOE del 25 (socialmente conocido por «el decretazo»), produjo gran indignación a sindicatos y partidos de la oposición, al ser aprobado por sorpresa por el Gobierno tras el anuncio y comunicación de una huelga general, utilizando para ello la fórmula del Real Decreto-Ley en base a la urgencia en la adopción de tales medidas, para permitir su inmediata efectividad (según reza en su exposición de motivos). Norma que para los sindicatos ha supuesto «un recorte encubierto de los costes del despido».

Seis meses y medio después el BOE de 13 de diciembre de 2002 publica la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, asimismo de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad (conocida vulgarmente como «el contradecretazo» o la «contrarreforma»), que deroga el Real Decreto-Ley 5/2002. Pero, según recortes de prensa, detrás ha quedado el trauma de una huelga general, millones de horas de trabajo perdidas, millones de euros en salarios no cobrados, una crisis de Gobierno (cese del ministro APARICIO y nombramiento de ZAPLANA en la cartera de Trabajo y Asuntos Sociales), más de 125.000 trabajadores despedidos improcedentemente que se han quedado sin salarios de tramitación, indemnizaciones conciliadas a la baja por debajo de los días legales (al perder el trabajador el abono de los salarios de tramitación y, por tanto, un elemento negociador en el proceso de conciliación administrativa o judicial), judicialización por parte de los empresarios de los despidos al no tener que abonar tales salarios y cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en el Tribunal Constitucional.

Los cambios que supone la Ley 45/2002 son tan sustanciales que en la práctica implican una vuelta a la situación anterior al decretazo. Se suprimen en mayo los salarios de tramitación para recuperarlos meses después, ¿dónde queda, pues, la urgente necesidad de la reforma justificativa de un Real Decreto-Ley? Según diversas notas de prensa, el contradecretazo es consecuencia de la presión sindical y supone una rendición calculada del Gobierno, tras la huelga general del 20 de junio. En cambio para el Gobierno la Ley 45/2002 «no se trata de una vuelta atrás sino de una aproximación de posiciones» y, en definitiva, de «un ejercicio de flexibilidad y generosidad del Gobierno».

Lo cierto es que se ha producido un hecho insólito en el Derecho Laboral español: en el año 2002 han estado vigentes tres regulaciones distintas en materia de despido y protección por desempleo, una hasta el 25 de mayo, otra del 26 de mayo al 13 de diciembre y, finalmente, una tercera a partir del 14 de diciembre de 2002. Y la consecuencia de ello es que según la fecha de su despido, el trabajador ha tenido derecho a salarios de tramitación y cotización a la Seguridad Social, ha perdido tales salarios, o los ha recuperado en determinadas condiciones.

En este comentario se analiza exclusivamente la modificación que la Ley 45/2002 introduce en los salarios de tramitación y su cotización a la Seguridad Social, en la nueva redacción que efectúa de los artículos 55.6 y 7, 56.1 y 2, y 57 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (en adelante TRET) y de los artículos 208.1.c), 209.4, 5 y 6, y 212.1.e) y 3.b) del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (en adelante TRLGSS) ¹.

II. SITUACIÓN ANTERIOR AL REAL DECRETO-LEY 5/2002 (HASTA EL 25 DE MAYO DE 2002)

Hasta la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 5/2002 (es decir, para los despidos producidos hasta el 25 de mayo de 2002), los salarios de tramitación podían definirse como el conjunto de jornales devengados desde la fecha del despido hasta que la readmisión se produce o la relación laboral se resuelve en virtud de sentencia o acto de conciliación declarando el despido improcedente. Asimismo se asimilaban a salarios de tramitación, «los salarios dejados de percibir» como consecuencia de un despido declarado nulo o del auto de extinción de la relación laboral a que se refieren respectivamente el artículo 55.6 del TRET y el artículo 279.2 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral aprobada por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril (en adelante TRLPL).

Por tanto, conforme a la normativa vigente con anterioridad al Real Decreto-Ley 5/2002, una vez producido el despido y según la fase en que se encontrara la tramitación de su impugnación, el período de devengo de los salarios de tramitación y su cotización a la Seguridad Social era la siguiente, conforme a lo dispuesto en los Textos Refundidos citados:

1. Extinguido el contrato de trabajo por decisión del empresario mediante **despido** basado en incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador (despido disciplinario, conforme al art. 54 del TRET), cuyo efecto extintivo ratifican los artículos 49.1 k) y 55.7 del propio Estatuto («el contrato de trabajo se extingue... por despido del trabajador») y «el despido procedente convalidará la extinción del contrato que con aquél se produjo», respectivamente), al ser inmediatamente ejecutivo desde la fecha de efectos indicada en la carta de despido y cesar la prestación efectiva de servi-

cios por parte del trabajador, procedía su baja en la Seguridad Social. Y la presentación de la baja, unida a la efectiva cesación de servicios, generaba la extinción de la obligación de cotizar, según el artículo 106.3 del TRLGSS.

El último párrafo del artículo 56.1 del TRET disponía que «el empresario deberá mantener en alta al trabajador en la Seguridad Social durante el período correspondiente a los salarios de tramitación». Pero como afirma ALBIOL MONTESINOS, esta previsión legislativa no es más que el reconocimiento a nivel legislativo de que, declarado improcedente el despido, el empresario debe volver a dar de alta al trabajador dado de baja en el momento del despido, y cotizar por los salarios de tramitación que le debe. Ello es así por cuanto los salarios de tramitación sólo pueden devengarse y ser exigibles cuando se ha producido una declaración administrativa o judicial de improcedencia del despido, y precisamente en tal momento es cuando nace la obligación del empresario de abonar los salarios de tramitación al trabajador y de cotizarlos a la Seguridad Social ².

2. En caso de que el **despido no fuera impugnado**, por haber transcurrido el plazo de 20 días hábiles sin que el trabajador haya ejercitado su acción (demanda, previo intento de conciliación administrativa), el despido adquiriría plena eficacia y la baja en la Seguridad Social estaba correctamente efectuada.

3. Si el **despido era impugnado**, ejerciendo el trabajador la oportuna acción contra el despido y la **opción** entre la readmisión o la indemnización prevista para el despido improcedente correspondía al **empresario** (que tiene lugar cuando el despedido no es representante legal o sindical de los trabajadores), el devengo de los salarios de tramitación y por tanto su cotización a la Seguridad Social se limitaba al período comprendido entre la fecha del despido y la de la conciliación administrativa previa, siempre que en dicho acto el empresario:

- Reconociera el carácter improcedente del despido.
- Ofreciera la indemnización prevista legalmente de 45 días de salario por año de servicio.
- Depositara dicha indemnización en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador en el plazo de las 48 horas siguientes a la celebración del acto de conciliación.

En consecuencia, si en el supuesto indicado el empresario cumplía los tres requisitos mencionados, únicamente se devengaban salarios de tramitación hasta la fecha del acto de conciliación ante el SMAC (o servicio administrativo que le sustituya), aunque el procedimiento continuara porque existiera disconformidad del trabajador con el salario o la antigüedad reconocidos por el empresario o porque el trabajador entendiera que el despido es nulo. Con ello se trataba de que el trabajador se conciliara, con la amenaza de que no iba a cobrar más salarios de tramitación por el hecho de continuar litigando (ALBIOL MONTESINOS).

Pero si el empresario entendía que existía causa suficiente para el despido y que podía acreditar el incumplimiento grave y culpable del trabajador alegado en la carta de despido, al no existir por parte del empresario reconocimiento de la improcedencia del despido ni ofrecimiento indemnizatorio en el acto de conciliación administrativa, se devengaban salarios de tramitación con obligación de alta y cotización hasta las siguientes fechas, según el supuesto de que se tratara:

- **Conciliación ante el Juzgado de lo Social:** reconociendo el empresario la improcedencia del despido y decidiendo los interesados de común acuerdo extinguir la relación laboral. Al ser el despido ineficaz, también lo era la baja, por lo que procedía la cotización por los salarios de tramitación devengados desde la fecha de efectos del despido hasta la fecha de conciliación ³.
- **Sentencia declarando que la acción de despido había caducado:** por haber ejercitado el trabajador la acción transcurrido el plazo de 20 días hábiles desde la fecha en que se hubiera producido el despido. La baja en la Seguridad Social fue correcta.
- **Sentencia declarando el despido procedente:** en tal caso ha quedado acreditado el incumplimiento del trabajador y el artículo 55.7 del TRET reforzaba la ejecutividad del despido al disponer que «el despido procedente convalidará la extinción del contrato que con aquél se produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación». Por tanto, la baja en la Seguridad Social fue correctamente efectuada.
- **Sentencia declarando el despido improcedente:** el empresario debía abonar los salarios de tramitación y cotizar por ellos hasta la fecha de la sentencia, con independencia de que la opción fuera por la indemnización o por la readmisión.
- **Sentencia declarando el despido nulo:** al concurrir alguna de las causas previstas en los artículos 108.2 del TRLPL y 56.5 del TRET ⁴. En tal supuesto el despido es radicalmente inexistente y sin efecto, y el empresario es condenado a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir. Se restablece la situación como si el despido no se hubiese producido, por lo que el trabajo no realizado por el trabajador durante la tramitación de la acción por despido ha de tenerse como prestado y los salarios correspondientes han de tenerse como debidos, procediendo cotización (y alta) por el período que media entre la fecha de efectos del despido y la de la sentencia. Pues es evidente que la declaración de nulidad implica que el negocio jurídico (en este caso la voluntad extintiva del empresario) no es susceptible de producir efectos jurídicos, es decir, debe reputarse como inexistente. Así se señala que «el despido nulo carece de eficacia extintiva, y al subsistir pese a él, la relación laboral..., se sigue causando el derecho al salario aunque el trabajador no trabaje» (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1989).

4. En **fase de recurso** cuando la sentencia declara la improcedencia del despido y el empresario opta por la indemnización o bien si la opción corresponde al trabajador (por ser representante legal o sindical) y opta por la indemnización, tanto en ambos supuestos si el recurso lo interpone el

empresario como el trabajador, no procede la ejecución provisional de la sentencia, y durante la sustanciación del recurso (y por tanto, sin esperar a que la sentencia sea firme) se considera al trabajador en **situación legal de desempleo involuntario**.

Cuando es el empresario el que ha optado por la indemnización si la sentencia que resuelve el recurso interpuesto por el trabajador eleva la cuantía de la indemnización y el empresario en los cinco días siguientes cambia el sentido de la opción, la readmisión retrotrae sus efectos económicos a la fecha en que tuvo lugar la primera elección, deduciéndose de las cantidades que se abonen por tal concepto las que haya percibido el trabajador en concepto de prestación por desempleo. Y dicha cantidad, así como la correspondiente a la aportación empresarial a la Seguridad Social por el trabajador, debe ser ingresada por el empresario en la Entidad Gestora. Durante este período el trabajador se considera en situación de ocupación cotizada a efectos de futuras prestaciones de desempleo.

En el supuesto contrario, cuando es el trabajador el que ha optado por la indemnización, si la sentencia que resuelve el recurso interpuesto por el empresario disminuye la cuantía de la indemnización y el trabajador dentro de los cinco días siguientes cambia el sentido de la opción, los efectos económicos de la readmisión, deducciones en concepto de desempleo, ingreso en la Entidad Gestora de la cantidad resultante y de la aportación empresarial, así como la consideración de tal período como de ocupación cotizada, son los señalados para el supuesto anterior.

5. Pago por el Estado de parte de los salarios de tramitación: conforme a la normativa anterior existen tres supuestos en que son por cuenta del Estado el abono de los salarios de tramitación y las cuotas de la Seguridad Social correspondientes a dichos salarios. Dichos supuestos son:

1. Cuando la Sentencia del Juzgado de lo Social que declare el despido improcedente haya sido dictada transcurridos más de 60 días hábiles desde la fecha en que se tuvo por presentada la demanda por despido, corresponde al Estado el pago de los salarios que excedan de dicho plazo. En consecuencia, la obligación de la Empresa de abono y cotización de los referidos salarios de tramitación tiene un límite legalmente impuesto, desde la fecha del despido hasta 60 días hábiles a partir de la fecha en que se presentó la demanda, siendo por tanto el Estado el obligado al abono y cotización de dichos salarios a partir del día 61.
2. Cuando la Sentencia del Juzgado declare el despido procedente, recurra el trabajador y el Tribunal Superior declare el despido improcedente, son por cuenta del Estado los salarios que excedan de 60 días desde que se tenga por presentada la demanda, y asimismo la cotización de los mismos.
3. Cuando la Sentencia del Juzgado declare el despido improcedente, recurra el empresario habiendo optado por la indemnización, y el Tribunal Superior anule la Sentencia recurrida o declare la procedencia o inexistencia del despido, el empresario tiene derecho a ser resarcido por el Estado de los salarios abonados durante la tramitación del recurso, siempre que no hubiera utilizado los servicios del trabajador y haya abonado puntualmente y con los requisitos legales dichos salarios, siendo, en tal supuesto, por cuenta del Estado la cotización de los referidos salarios.

No obstante, a pesar de ser por cuenta del Estado el abono y la cotización de tales salarios de tramitación, el empresario es el obligado tanto al abono total al trabajador de tales salarios como al ingreso en la Tesorería General de la Seguridad Social del importe íntegro de las cuotas de Seguridad Social correspondientes a los salarios de tramitación, si bien está facultado para reclamar posteriormente al Estado el importe de las cuotas ingresadas y de los salarios de tramitación abonados al trabajador que excedan del plazo de 60 días (desde la presentación de la demanda por despido).

En consecuencia, en lugar de ingresar la empresa y el Estado la parte de cuotas que a cada uno corresponde, se impone al empresario la obligación de anticipo del exceso de las referidas cuotas (y de los salarios de tramitación), debiendo posteriormente solicitar el Estado el reintegro de lo satisfecho por su cuenta (art. 57.2 TRET, RD 924/1982, de 17 de abril, y Orden de desarrollo de la norma básica de cotización establecida en la Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año).

III. SITUACIÓN DURANTE LA VIGENCIA DEL REAL DECRETO-LEY 5/2002 (PERÍODO DEL 26 DE MAYO AL 13 DE DICIEMBRE DE 2002)

El Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, aplicable a los despidos producidos a partir del 25 de mayo de 2002, establece la novedad esencial de que los salarios de tramitación sólo se devengan cuando el despido es reconocido en conciliación (administrativa o judicial) o declarado en virtud de sentencia del Orden Jurisdiccional Social como nulo o bien como improcedente optando en este supuesto el empresario (o, en su caso, el trabajador despedido cuando se trata de un representante legal de los trabajadores o de un delegado sindical) por la readmisión. Por tanto, tras el Real Decreto-Ley desaparecen:

- Los salarios de tramitación cuando el despido es reconocido o declarado como improcedente optando el empresario (o, en su caso, el trabajador representante legal de los trabajadores o delegado sindical) por la indemnización.
- Como consecuencia de lo anterior, desaparece la posibilidad de limitar los salarios de tramitación al período comprendido entre la fecha del despido y la de la conciliación administrativa previa, cuando el empresario reconoce la improcedencia del despido y ofrece y deposita la indemnización en el Juzgado de lo Social.
- El pago (y cotización) por el Estado de los salarios de tramitación devengados cuando la sentencia que declare la improcedencia del despido se dicte transcurridos más de 60 días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda.

Asimismo, constituye otra novedad fundamental que la decisión empresarial de extinguir la relación laboral mediante el despido del trabajador, se entiende por sí misma y sin necesidad de impugnación, como causa de situación legal de desempleo, produciéndose el nacimiento del derecho a la pres-

tación por desempleo aunque se ejercite la acción contra el despido. Es decir, que el trabajador desde la fecha de efectos de la carta de despido, puede comenzar a percibir la prestación por desempleo si reúne los requisitos exigidos (principalmente el período mínimo de doce meses de ocupación cotizada).

1. Modificaciones en materia de despido.

Como hasta ahora, notificado el despido disciplinario del trabajador por escrito haciendo figurar los hechos que los motivan y la fecha en que tendrá efectos, es decir, lo que se conoce como la «carta de despido», se produce la **extinción inicial del contrato** de trabajo (pues está sujeta a revisión por el Orden Jurisdiccional Social), desde la fecha de efectos indicada en la propia carta, procediendo, en todo caso, la **baja del trabajador en la Seguridad Social** al cesar la prestación efectiva de servicios por parte del trabajador.

Tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 5/2002, las situaciones posibles y sus consecuencias en orden al devengo de salarios de tramitación y su cotización a la Seguridad Social son las siguientes:

1. En caso de que el **despido no fuera impugnado**, por haber transcurrido el plazo de 20 días hábiles sin que el trabajador haya ejercitado su acción (demanda, previo intento de conciliación administrativa), el despido adquiere plena eficacia y la baja en la Seguridad Social está correctamente efectuada.

2. Si el **despido era impugnado**, ejerciendo el trabajador la oportuna acción contra el despido. El devengo de salarios de tramitación y su cotización está en función del supuesto de que se trate:

- **Conciliación administrativa previa** ante el organismo correspondiente: depende del sentido de la opción:
 - Si el empresario reconoce la improcedencia del despido y deciden los interesados de común acuerdo la extinción de la relación laboral: no se devengan salarios de tramitación desde la fecha de efectos del despido hasta la fecha de la conciliación, no existiendo cotización a la Seguridad Social. Ésta es la novedad esencial que introdujo el Real Decreto-Ley 5/2002.
 - Si el empresario reconoce la improcedencia del despido y procede a la readmisión del trabajador: el empresario debe abonar los salarios dejados de percibir por el trabajador desde la fecha del despido hasta el acto de conciliación, con obligación de cotización a la Seguridad Social.
- **Conciliación ante el Juzgado de lo Social**, depende asimismo del sentido de la opción: se aplica íntegramente lo señalado en el supuesto de conciliación administrativa previa.

- **Sentencia declarando que la acción por despido ha caducado:** por haber ejercitado el trabajador la acción transcurrido el plazo de 20 días hábiles desde la fecha en que se hubiera producido el despido. No proceden salarios de tramitación ni, por tanto, cotización a la Seguridad Social.
- **Sentencia declarando el despido procedente:** en tal caso ha quedado acreditado el incumplimiento del trabajador y el artículo 55.7 del TRET refuerza la ejecutividad del despido al disponer que «el despido procedente convalidará la extinción del contrato que con aquél se produjo, sin derecho a indemnización». No existen salarios de tramitación ni cotización a la Seguridad Social.
- **Sentencia declarando el despido improcedente:** las consecuencias jurídicas son distintas según la opción sea por la indemnización o por la readmisión.
 - *Opción por la indemnización:* si la opción efectuada por el empresario o por el trabajador (en caso de tratarse de un representante legal de los trabajadores o de un delegado sindical) es por la indemnización, su abono determina la extinción del contrato de trabajo, entendiéndose producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo (es decir, en la fecha de efectos indicada en la carta de despido). Por tanto, no se devengan salarios de tramitación ni, en consecuencia, procede su cotización a la Seguridad Social. Ésta fue, pues, la novedad esencial introducida por el Real Decreto-Ley 5/2002.
 - *Opción por la readmisión:* si la opción efectuada por el empresario o por el trabajador (en caso de tratarse de un representante legal de los trabajadores o de un delegado sindical) es por la readmisión, el trabajador tiene derecho a los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia. A tal efecto, la sentencia que declare la improcedencia del despido ha de fijar la cantidad que corresponda a los salarios dejados de percibir. En consecuencia, proceden los salarios de tramitación y su cotización a la Seguridad Social, con la única limitación relativa al supuesto de que el trabajador hubiera encontrado otro empleo con anterioridad a la sentencia y se probase por el empresario lo percibido, en cuyo caso, el empresario lo puede descontar de los salarios dejados de percibir y, por tanto, de la cotización a la Seguridad Social. A tal fin el Real Decreto-Ley 5/2002 dispone textualmente que «el empresario deberá instar el alta del trabajador en la Seguridad Social con efectos desde la fecha del despido cotizando por ese período, que se considerará de ocupación cotizada a todos los efectos». Por tanto, los salarios de tramitación devengados deben ser cotizados por el empresario, computándose tales cotizaciones a efectos de todas las prestaciones y en especial a efectos de la duración de la prestación por desempleo. Además, si el trabajador ha estado percibiendo las prestaciones por desempleo desde la fecha de efectos indicada en la carta de despido, el INEM cesa en su abono y el empresario debe ingresar al INEM 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. Asimismo el INEM debe reclamar a la Tesorería General de la Seguridad Social las cotizaciones que haya efectuado durante el período de percepción del trabajador de las prestaciones por

desempleo, consistentes en la aportación empresarial y en la aportación del trabajador reducida en un 35%, de las contingencias comunes (pues tal cotización no comprende las cuotas correspondientes a desempleo, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional).

- **Sentencia declarando el despido nulo:** en tal caso el despido se considera radicalmente inexistente, produciendo la readmisión inmediata del trabajador, con derecho a los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia. A tal efecto, la sentencia que declare la nulidad del despido debe fijar la cuantía de los salarios dejados de percibir. Es de aplicación lo señalado para el despido improcedente con opción por la readmisión.

3. En fase de **recurso** cuando la sentencia declara la improcedencia del despido y el empresario opta por la indemnización o bien si la opción corresponde al trabajador (por ser representante legal o sindical) y opta por la indemnización, tanto en ambos supuestos si el recurso lo interpone el empresario como el trabajador, no procede la ejecución provisional de la sentencia, y durante la sustanciación del recurso (y por tanto, sin esperar a que la sentencia sea firme) se considera al trabajador en **situación legal de desempleo involuntario**, y el trabajador comienza a percibir las prestaciones por desempleo, en caso de que no las estuviera percibiendo desde la fecha de efectos del despido.

Cuando es el empresario el que ha optado por la indemnización si la sentencia que resuelve el recurso interpuesto por el trabajador eleva la cuantía de la indemnización y el empresario en los cinco días siguientes cambia el sentido de la opción, la readmisión retrotrae sus efectos económicos a la fecha en que tuvo lugar la primera elección, reduciéndose de las cantidades que se abonen por tal concepto las que haya percibido el trabajador en concepto de prestación por desempleo. Y dicha cantidad, así como la correspondiente a la aportación empresarial a la Seguridad Social por el trabajador, debe ser ingresada por el empresario en la Entidad Gestora. Durante este período el trabajador se considera en situación de ocupación cotizada a efectos de futuras prestaciones de desempleo.

En el supuesto contrario, cuando es el trabajador el que ha optado por la indemnización, si la sentencia que resuelve el recurso interpuesto por el empresario disminuye la cuantía de la indemnización y el trabajador dentro de los cinco días siguientes cambia el sentido de la opción, los efectos económicos de la readmisión, deducciones en concepto de desempleo, ingreso en la Entidad Gestora de la cantidad resultante y de la aportación empresarial, así como la consideración de tal período como de ocupación cotizada, son los señalados para el supuesto anterior.

2. Modificaciones en materia de prestación por desempleo.

En orden a los salarios de tramitación y su cotización a la Seguridad Social, en materia de la prestación por desempleo, el Real Decreto-Ley 5/2002 introdujo las siguientes modificaciones:

2.1. Situación legal de desempleo.

Se considera situación legal de desempleo la extinción de la relación laboral por despido, con independencia de su posterior calificación como procedente, improcedente o nulo.

Por tanto, la decisión empresarial de extinguir la relación laboral mediante el despido del trabajador, se entiende por sí misma y sin necesidad de impugnación, como causa de situación legal de desempleo, produciéndose el nacimiento del derecho a la prestación por desempleo aunque se ejercite la acción contra el despido. Es decir, que el trabajador desde la fecha de efectos de la carta de despido, puede comenzar a percibir la prestación por desempleo si reúne los requisitos exigidos (principalmente el período mínimo de doce meses de ocupación cotizada), pues como dispone textualmente el Real Decreto-Ley «el ejercicio de la acción contra el despido no impedirá que se produzca el nacimiento del derecho a la prestación».

Conforme a la normativa anterior, el trabajador despedido estaba obligado a impugnar el despido mediante el ejercicio de la correspondiente acción, y ello con tres finalidades. La primera para poder acreditar ante el INEM la situación legal de desempleo mediante: 1) acta de conciliación administrativa o judicial en la que se reconozca la improcedencia del despido, siempre que en el primer caso se hubiese acordado una indemnización no superior a 35 días de salario; 2) por resolución judicial definitiva declarando la improcedencia del despido y acreditación de que el empresario, o el trabajador cuando sea representante legal o sindical de los trabajadores, no ha optado por la readmisión; y 3) por sentencia del orden jurisdiccional social, declarando la procedencia del despido disciplinario. La segunda finalidad, para lograr la indemnización que corresponda por despido improcedente. Y la tercera para percibir los salarios de tramitación derivados de un despido improcedente.

Durante la vigencia del Real Decreto-Ley 5/2002 el trabajador despedido no estaba necesariamente obligado a impugnar el despido acordado por el empresario, por cuanto:

- La existencia de la situación legal de desempleo en caso de despido se podía acreditar por el trabajador mediante la notificación por escrito a que se refiere el artículo 55.1 del TRET, es decir, simplemente mediante la presentación ante el INEM de la carta de despido entregada por el empresario.
- La indemnización por despido improcedente se podía acordar entre la empresa y trabajador mediante un documento privado, sin necesidad de acudir a la conciliación administrativa. Además el importe de la indemnización es libre, no existiendo límite mínimo, pues incluso en caso de existir conciliación administrativa o judicial se ha eliminado el requisito de acordarse una indemnización no inferior a 35 días de salario. Por tanto, en el momento de entrega al trabajador de la carta de despido es perfectamente válido que en el recibo de finiquito se incluyera la indemnización por despido improcedente.
- Los salarios de tramitación derivados de un despido improcedente se han eliminado.

La situación legal de desempleo también podía acreditarse por el trabajador ante el INEM mediante acta de conciliación administrativa o judicial, o mediante resolución judicial declarando la procedencia o improcedencia del despido. Si bien en el supuesto de improcedencia, debía acreditarse por el empresario (o por el trabajador, en caso de ser representante legal de los trabajadores o delegado sindical) que no ha optado por la readmisión (disp. trans. segunda del Real Decreto-Ley 5/2002).

2.2. Despido improcedente con opción por la indemnización.

Cuando, como consecuencia de la reclamación o el recurso, el despido sea considerado improcedente (por conciliación administrativa o judicial o por sentencia) y el empresario o, en su caso, el trabajador que sea representante legal de los trabajadores o delegado sindical, optaba por la indemnización, el trabajador continuaba percibiendo las prestaciones por desempleo (en el supuesto de que haya comenzado a percibir las desde la fecha de efectos indicada en la carta de despido), o si no las estaba percibiendo, comenzaba a percibir las con efectos desde la fecha de cese efectivo en el trabajo, siempre que reuniera los requisitos exigidos para ello (el período previo de cotización de 12 meses).

2.3. Despido nulo o despido improcedente con opción por la readmisión.

Cuando, como consecuencia de la reclamación o el recurso haya conciliación o sentencia firme declarando o reconociendo la improcedencia del despido y el empresario optaba por la readmisión, o bien cuando la sentencia firme declare la nulidad del despido o su improcedencia correspondiendo en este caso la opción al trabajador (si se trata de un representante legal de los trabajadores o delegado sindical) y optaba por la readmisión, en cuyo caso la readmisión era obligada pues la sentencia firme de despido ha de ser «ejecutada en sus propios términos» y si solicitada la ejecución del fallo el juez estima que la readmisión no tuvo lugar o no lo fue en forma regular, dicta orden de reposición, que si no es cumplida por el empresario el Juez acuerda despachar ejecución, cuantas veces sea necesario, por una cantidad equivalente a seis meses de salario, la continuación del trabajador en alta y con cotización a la Seguridad Social y el desarrollo por el trabajador en el seno de la empresa de sus funciones y actividades de representación o sindicales (arts. 280 a 282 del TRLPL), el Real Decreto-Ley 5/2002 establecía las siguientes reglas:

1. Las cantidades que haya percibido el trabajador en concepto de prestaciones por desempleo (en caso de que haya comenzado a percibir las desde la fecha de efectos indicada en la carta de despido), se consideraban indebidas por causa no imputable al trabajador. A tal fin la Entidad Gestora cesaba en el abono de las prestaciones por desempleo y el empresario debía ingresar al INEM las cantidades percibidas por el trabajador, deduciéndolas de los salarios dejados de percibir que le hubieran correspondido desde la fecha del despido hasta la fecha del acta de conciliación o de notificación de la sentencia, con el límite de la suma de tales salarios, aplicándose para ello las normas sobre reintegro de prestaciones de cuyo pago sea directamente responsable el empresario, procediendo así-

mismo a reclamar, en su caso, al trabajador el correspondiente reintegro si la cuantía de la prestación abonada hubiera superado la del salario (supuesto que estimamos de muy difícil producción dado que, como es sabido, la cuantía de la prestación por desempleo es del 70% de la base reguladora –promedio de las bases de cotización durante los últimos seis meses–, salvo en caso de que el trabajador haya percibido el tope mínimo de la prestación que es del 100% o el 75% del salario mínimo interprofesional, según el trabajador tenga o no, respectivamente, hijos a su cargo, y haya venido cotizando por base mínima de cotización).

2. El INEM debía reclamar las cotizaciones a la Seguridad Social efectuadas. Es sabido que durante el período de percepción de la prestación por desempleo el INEM ingresa las cotizaciones a la Seguridad Social, asumiendo la aportación empresarial y descontando de la cuantía de la prestación la aportación que corresponda al trabajador reducida en un 35%. Y además tal cotización a la Seguridad no comprende las cuotas correspondientes a desempleo, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional.

3. El empresario debía instar el alta del trabajador en la Seguridad Social con efectos desde la fecha del despido o extinción inicial cotizando por ese período, teniendo la consideración de ocupación cotizada a todos los efectos. Es decir, los salarios de tramitación devengados debían ser cotizados por el empresario, computándose tales cotizaciones a efectos de todas las prestaciones y en especial a efectos de la duración de la prestación por desempleo.

En el supuesto de dictarse auto de extinción de la relación laboral por no readmisión o readmisión irregular cuando el despido era declarado improcedente y el empresario hubiera optado por la readmisión (es decir, lo que se conoce por «incidente de no readmisión»), y en el supuesto de dictarse auto de extinción de la relación laboral por resultar acreditada la imposibilidad de readmitir al trabajador por cese o cierre de la empresa obligada (arts. 279.2 y 284 del TRLPL), se establecía que el trabajador comenzaría a percibir las prestaciones por desempleo a partir del momento en que se declarara extinguida la relación laboral. Pero si el trabajador ya estaba percibiendo las prestaciones por desempleo desde la fecha de efectos de la carta de despido, se consideraban indebidas por causa no imputable al trabajador las prestaciones percibidas hasta la extinción de la relación laboral, siendo de aplicación las tres reglas señaladas anteriormente.

IV. SITUACIÓN TRAS LA LEY 45/2002 (A PARTIR DEL 14 DE DICIEMBRE DE 2002)

La Ley 45/2002, aplicable a los despidos producidos a partir del 14 de diciembre de 2002, establece tres novedades esenciales en orden a los salarios de tramitación:

1. Exoneración de los salarios de tramitación: cuando el empresario reconozca la improcedencia del despido disciplinario, ofrezca la indemnización prevista para el mismo y la deposite en el Juzgado de lo Social en el plazo de las 48 horas siguientes al despido, a disposición del trabajador y poniéndolo en su conocimiento.

2. Limitación del devengo de los salarios de tramitación: cuando el empresario reconozca la improcedencia del despido disciplinario (desde la fecha del despido hasta la de la conciliación), ofrezca la indemnización prevista para el mismo y la deposite en el Juzgado de lo Social transcurrido el plazo de las 48 horas siguientes al despido, a disposición del trabajador y poniéndolo en su conocimiento.

3. Retorna el pago (y cotización) por el Estado de los salarios de tramitación devengados cuando la sentencia que declare la improcedencia del despido se dicte transcurridos más de 60 días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda. Se vuelve, pues, a la situación anterior, accediendo a la pretensión de la CEOE de que no se puede obligar al empresario a pagar un sobre coste por el tiempo que antes del Real Decreto-Ley 5/2002 se consideraba imputable a la lentitud de la justicia.

De otra parte, se mantiene la novedad introducida por el Real Decreto-Ley 5/2002 relativa a que la decisión empresarial de extinguir la relación laboral mediante el despido del trabajador, se entiende por sí misma y sin necesidad de impugnación, como causa de situación legal de desempleo, produciéndose el nacimiento del derecho a la prestación por desempleo aunque se ejercite la acción contra el despido. Es decir, que el trabajador desde la fecha de efectos de la carta de despido, puede comenzar a percibir la prestación por desempleo si reúne los requisitos exigidos (principalmente el período mínimo de doce meses de ocupación cotizada). Pero en el caso de existir período que corresponda a salarios de tramitación el nacimiento del derecho a las prestaciones se produce una vez transcurrido dicho período que debe constar en el Certificado de empresa a estos efectos.

En relación con lo anterior la Ley 45/2002 ha introducido una modificación de la Ley 40/1998 del IRPF, al disponer que la indemnización por despido improcedente abonada directamente por el empresario con anterioridad al acto de conciliación, se considera renta exenta a efectos del impuesto siempre que no exceda de la que hubiera correspondido al trabajador si el despido hubiera sido declarado improcedente, y no se trate de extinciones de mutuo acuerdo en el marco de planes o sistemas colectivos de bajas incentivadas.

1. Modificaciones en materia de despido.

Al igual que hasta ahora, notificado el despido disciplinario del trabajador por escrito haciendo figurar los hechos que los motivan y la fecha en que tendrá efectos, es decir, lo que se conoce como la «carta de despido», se produce la **extinción inicial del contrato** de trabajo (pues está sujeta a revisión por el Orden Jurisdiccional Social), desde la fecha de efectos indicada en la propia carta, procediendo, en todo caso, la **baja del trabajador en la Seguridad Social** al cesar la prestación efectiva de servicios por parte del trabajador. La procedencia de la baja en la Seguridad Social del trabajador despedido se refuerza en la Ley 45/2002 (art. primero.tres.6) al disponer que en el supuesto de despido improcedente el empresario debe instar el alta y la baja del trabajador y cotizar a la Seguridad Social durante el período correspondiente a los salarios de tramitación (caso de que se devenguen).

Tras la entrada en vigor de la Ley 45/2002, las situaciones posibles y sus consecuencias en orden al devengo de salarios de tramitación y su cotización a la Seguridad Social son las siguientes:

1. Cuando correspondiendo al empresario la opción entre readmisión o indemnización, **entregada la carta de despido**, en dicho acto el empresario y trabajador alcanzan un **acuerdo** sobre la indemnización: este supuesto es perfectamente legal y en tal caso pueden pactar tanto el importe de la indemnización como la posibilidad de su pago aplazado. No existe obligación de depósito de la indemnización en el Juzgado de lo Social y no se devengan salarios de tramitación. El contrato de trabajo se entiende extinguido en la fecha del despido.

2. Cuando correspondiendo al empresario la opción entre readmisión o indemnización, **entregada la carta de despido**, y **no existiendo acuerdo** el empresario reconoce la improcedencia del despido disciplinario, ofrece la indemnización prevista para el mismo y la **deposita** en el Juzgado de lo Social, el contrato de trabajo se entiende extinguido desde la fecha del despido, produciendo las siguientes consecuencias, según la fecha en que se efectúa el depósito:

- Si el depósito en el Juzgado de lo Social se produce en el plazo de las 48 horas siguientes al despido, a disposición del trabajador y poniéndolo en su conocimiento: no se devengan salarios de tramitación, en ningún caso (aunque el trabajador no acepte la indemnización y posteriormente el despido sea declarado improcedente).
- Si el depósito tiene lugar transcurrido el plazo de las 48 horas siguientes al despido y antes de acto de conciliación administrativa (*v.gr.* a los diez días del despido), a disposición del trabajador y poniéndolo en su conocimiento: se devengan salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la del depósito de la indemnización en el Juzgado.

En este supuesto ¿sería ajustado a derecho efectuar el depósito por una cantidad inferior a la que corresponda por indemnización del despido disciplinario (45 ó 33 días de salario por año de servicio, tomando como salario y antigüedad lo reconocido en nómina), con la finalidad de no devengar o de paralizar el devengo de salarios de tramitación? Entendemos que no, pues tal conducta del empresario cabría considerarla como fraude de ley. Otra cosa distinta sería que el empresario deposita la indemnización que corresponda al trabajador según nómina, y lo que se discuta en el posterior juicio sea la cuantía del salario o la antigüedad real del trabajador, es decir, los dos parámetros que se utilizan para determinar el importe de la indemnización.

3. Cuando correspondiendo al empresario la opción entre readmisión o indemnización, **entregada la carta de despido**, no existiendo acuerdo, el empresario **no deposita** la indemnización en el plazo de cuarenta y ocho horas en el Juzgado de lo Social, y *v.gr.* a los 10 días del despido, empresario y trabajador alcanzan un **acuerdo privado** sobre la indemnización: entendemos este supuesto es perfectamente legal y en tal caso pueden pactar tanto el importe de la indemnización como la posibilidad de su pago aplazado. Consideramos que no existe obligación de depósito de la indemnización en el Juzgado de lo Social, pero se devengan salarios de tramitación hasta el día del acuerdo. El contrato de trabajo se entiende extinguido desde la fecha del despido.

4. En caso de que el **despido no fuera impugnado**, por haber transcurrido el plazo de 20 días hábiles sin que el trabajador haya ejercitado su acción (demanda, previo intento de conciliación administrativa), el despido adquiere plena eficacia y la baja en la Seguridad Social está correctamente efectuada.

5. Si el **despido es impugnado**, ejerciendo el trabajador la oportuna acción contra el despido. El devengo de salarios de tramitación y su cotización está en función del supuesto de que se trate:

- *Acto de conciliación administrativa previa* ante el organismo correspondiente, sin que el empresario haya reconocido la improcedencia del despido ni depositado la indemnización en el Juzgado de lo Social con anterioridad a la celebración del acto de conciliación:
 - Si el acto concluye sin acuerdo, pero el empresario reconoce la improcedencia del despido, ofrece la indemnización prevista para el mismo y la deposita en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador y poniéndolo en su conocimiento: se devengan salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la del depósito de la indemnización.
 - Si el acto concluye con acuerdo, reconociendo el empresario la improcedencia del despido: ¿es requisito imprescindible el depósito de la indemnización?, y ¿cabe el pago aplazado del importe de la indemnización? La solución no se desprende del tenor literal de la Ley 45/2002, pero entendemos que al concluir el acto de conciliación con acuerdo entre las partes sí que es posible pactar un aplazamiento o fraccionamiento del pago de la indemnización, dado que ello no va contra la Ley, pues creemos que entra de lleno dentro de la autonomía de la voluntad de las partes. En este caso se devengarían salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la del acto de conciliación.

En el supuesto de que el empresario haya reconocido la improcedencia del despido y ofrecido la indemnización prevista para el mismo depositándola en el Juzgado de lo Social en el plazo de las cuarenta y ocho horas siguientes al despido, y el trabajador no haya aceptado la indemnización, en el acto de conciliación tanto si hay acuerdo como si no lo hay, no se devengan en ningún caso salarios de tramitación.

- *Acto de conciliación ante el Juzgado de lo Social*: se aplica íntegramente lo señalado en el supuesto de conciliación administrativa previa.
- *Sentencia declarando que la acción por despido ha caducado*: por haber ejercitado el trabajador la acción transcurrido el plazo de 20 días hábiles desde la fecha en que se hubiera producido el despido. No proceden salarios de tramitación ni, por tanto, cotización a la Seguridad Social.

- *Sentencia declarando el despido procedente*: en tal caso ha quedado acreditado el incumplimiento del trabajador y el artículo 55.7 del TRET refuerza la ejecutividad del despido al disponer que «el despido procedente convalidará la extinción del contrato que con aquél se produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación». Se vuelve pues a la situación anterior al Real Decreto-Ley 5/2002.
- *Sentencia declarando el despido improcedente*, sin que el empresario haya reconocido la improcedencia del despido ni depositado la indemnización en el Juzgado de lo Social con anterioridad a la celebración del acto de conciliación: en tal caso el empresario en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia puede optar entre la indemnización o la readmisión con abono en ambos casos de los salarios de tramitación hasta la notificación de la sentencia. En este caso la cuantía de la indemnización se fija en la propia sentencia. Se vuelve, pues, íntegramente a la situación anterior al Real Decreto-Ley 5/2002.

Pero si el empresario reconoció la improcedencia del despido y depositó la indemnización prevista para el despido en el Juzgado de lo Social, hay que diferenciar en orden a los salarios de tramitación la fecha en que se efectuó el depósito de la indemnización: 1) si fue en las cuarenta y ocho horas siguientes al despido: no se devengan salarios de tramitación; 2) si el depósito se hizo en el acto de conciliación: se devengan salarios de tramitación hasta dicha fecha.

En el supuesto de que el empresario haya efectuado el depósito de la indemnización (tomando como salario y antigüedad la reconocida al trabajador en la nómina) y posteriormente la sentencia del Juzgado de lo Social reconoce un mayor salario o una mayor antigüedad, el empresario debe abonar la diferencia que resulte a favor del trabajador.

- *Sentencia declarando el despido nulo*: en tal caso el despido se considera radicalmente inexistente, produciendo la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia.

En fase de **recurso** cuando la sentencia declara la improcedencia del despido y el empresario opta por la indemnización o bien si la opción corresponde al trabajador (por ser representante legal o sindical) y opta por la indemnización, se aplica íntegramente lo establecido en el Real Decreto-Ley 5/2002.

2. Modificaciones en materia de prestación por desempleo.

En orden a los salarios de tramitación y su cotización a la Seguridad Social, en materia de la prestación por desempleo, la Ley 45/2002 establece las siguientes modificaciones:

2.1. Situación legal de desempleo.

Se mantienen las novedades introducidas por el Real Decreto-Ley 5/2002 relativas a considerar:

- Situación legal de desempleo la extinción de la relación laboral por despido, con independencia de su posterior calificación como procedente, improcedente o nulo.
- La decisión empresarial de extinguir la relación laboral mediante el despido del trabajador, se entiende por sí misma y sin necesidad de impugnación, como causa de situación legal de desempleo, produciéndose el nacimiento del derecho a la prestación por desempleo aunque se ejercite la acción contra el despido. Es decir, que el trabajador desde la fecha de efectos de la carta de despido, puede comenzar a percibir la prestación por desempleo si reúne los requisitos exigidos (principalmente el período mínimo de doce meses de ocupación cotizada), pues como dispone textualmente la Ley «el ejercicio de la acción contra el despido no impedirá que se produzca el nacimiento del derecho a la prestación». La **novedad** radica en que en el caso de existir período que corresponda a salarios de tramitación el nacimiento del derecho a las prestaciones se produce una vez transcurrido dicho período que debe constar en el Certificado de Empresa a estos efectos.

Tras la Ley 45/2002, entendemos que el trabajador despedido no está necesariamente obligado a impugnar el despido acordado por el empresario, por cuanto:

- La existencia de la situación legal de desempleo en caso de despido se puede acreditar por el trabajador mediante la notificación por escrito a que se refiere el artículo 55.1 del TRET, es decir, simplemente mediante la presentación ante el INEM de la carta de despido entregada por el empresario.
- Si el empresario reconoce la improcedencia del despido y ofrece la indemnización prevista para el mismo depositándola en el Juzgado de lo Social dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al despido, a disposición del trabajador, no se devengan salarios de tramitación.
- El empresario pone en conocimiento del trabajador el depósito de la indemnización, el trabajador acepta la indemnización y comparece ante el Juzgado de lo Social para hacerse cargo de dicho depósito.

Pero, ¿es en todo caso un requisito imprescindible el depósito de la indemnización en el Juzgado de lo Social? Aunque del tenor literal de la Ley 45/2002 pudiera desprenderse la obligatoriedad del depósito, entendemos que la indemnización por despido improcedente se puede acordar entre la empresa y el trabajador mediante un documento privado y abonarse de forma inmediata (o incluso de forma aplazada o fraccionada), siendo perfectamente válido a estos efectos que en el momento de la entrega al trabajador de la carta de despido se incluya en el recibo de finiquito la indemnización por despido improcedente. Consideramos que ello es así por cuanto la situación legal de desem-

pleo del trabajador puede acreditarse simplemente mediante la carta de despido entregada por el empresario, sin que se exija por parte del INEM certificación alguna del Juzgado de lo Social relativa al depósito de la indemnización por despido efectuada por el empresario.

De otra parte, la situación legal de desempleo en caso de despido disciplinario también puede acreditarse por el trabajador ante el INEM de las formas siguientes (disp. trans. segunda.2 de la Ley 45/2002):

- Mediante acta de conciliación administrativa o judicial, o mediante resolución judicial definitiva declarando la procedencia o improcedencia del despido. Si bien en el supuesto de improcedencia, debe acreditarse por el empresario (o por el trabajador, en caso de ser representante legal de los trabajadores o delegado sindical), que no ha optado por la readmisión.
- Mediante certificado de empresa o informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en defecto de la carta de despido), en los que conste el cese involuntario en la prestación de trabajo y su fecha de efectos. A nuestro juicio, no se entiende muy bien que en defecto de la carta de despido pueda acreditarse la situación legal de desempleo del trabajador mediante un certificado de empresa, pues en caso de producirse un despido verbal la subsanación de la inobservancia de la forma escrita tiene que realizarse mediante un nuevo despido por escrito que sólo surte efectos desde su fecha (art. 55.2 del TRET). En cambio, la posibilidad de que la situación legal de desempleo del trabajador pueda acreditarse mediante informe de la Inspección de Trabajo, tiene su razón de ser en los supuestos de cese o cierre de la empresa sin seguir el procedimiento legalmente establecido relativo al expediente de regulación de empleo, y entendemos que para tales casos se habilita esta forma excepcional de acreditación de la situación legal de desempleo con la finalidad de acelerar el cobro de la prestación por desempleo por parte del trabajador.
- Mediante acta de conciliación administrativa en la que conste que el trabajador impugna el despido y el empresario no comparece. Tal forma de acreditación parece estar pensada para el supuesto de que el trabajador sea objeto de un despido verbal, pues al no existir carta de despido y si, además, el empresario no comparece al acto de conciliación previa, el trabajador tendría que esperar a la sentencia para poder acreditar la situación legal de desempleo.

2.2. Despido improcedente con opción por la indemnización.

Cuando, como consecuencia de la reclamación o el recurso, el despido sea considerado improcedente (por conciliación administrativa o judicial o por sentencia) y el empresario o, en su caso, el trabajador que sea representante legal de los trabajadores o delegado sindical, opte por la indemnización, se distinguen dos supuestos:

1. Cuando el trabajador no tiene derecho a salarios de tramitación: en tal caso el trabajador continúa percibiendo las prestaciones por desempleo (en el supuesto de que haya comenzado a percibir las desde la fecha de efectos indicada en la carta de despido), o si no las está

percibiendo comienza a percibir las prestaciones con efectos desde la fecha del cese efectivo en el trabajo, siempre que reúna los requisitos para ello (el período previo de cotización mínimo de 12 meses, la inscripción como demandante de empleo y la suscripción del compromiso de actividad) y las solicite dentro de los 15 días siguientes a la fecha del acta de conciliación, providencia de opción por la indemnización o la resolución judicial.

2. Cuando el trabajador tiene derecho a salarios de tramitación: se distinguen dos situaciones:

- El trabajador no está percibiendo las prestaciones: comienza a percibir las prestaciones desde la fecha en que finaliza la obligación de abono de dichos salarios de tramitación, siempre que las solicite dentro de los 15 días siguientes a la fecha del acta de conciliación, providencia de opción por la indemnización o la resolución judicial, y acredite el período que corresponde a salarios de tramitación.
- El trabajador está percibiendo las prestaciones: en tal caso deja de percibir las prestaciones y se consideran indebidamente percibidas, si bien puede volver a percibir las prestaciones desde la fecha en que finaliza la obligación de abono de dichos salarios de tramitación, previa regularización por el INEM del derecho inicialmente reconocido, reclamando a la TGSS las cotizaciones efectuadas durante la percepción de las prestaciones y efectuando la compensación correspondiente por las prestaciones indebidamente percibidas, o bien reclamando su importe al trabajador.

2.3. *Despido nulo o despido improcedente con opción por la readmisión.*

Cuando, como consecuencia de la reclamación o el recurso haya conciliación o sentencia firme declarando o reconociendo la improcedencia del despido y el empresario opte por la readmisión, o bien cuando la sentencia firme declare la nulidad del despido o su improcedencia correspondiendo en este caso la opción al trabajador (si se trata de un representante legal de los trabajadores o delegado sindical) y opte por la readmisión, en cuyo caso la readmisión es obligada pues la sentencia firme de despido ha de ser «ejecutada en sus propios términos» y si solicitada la ejecución del fallo el juez estima que la readmisión no tuvo lugar o no lo fue en forma regular, dicta orden de reposición, que si no es cumplida por el empresario el Juez acuerda despachar ejecución, cuantas veces sea necesario, por una cantidad equivalente a seis meses de salario, la continuación del trabajador en alta y con cotización a la Seguridad Social y el desarrollo por el trabajador en el seno de la empresa de sus funciones y actividades de representación o sindicales (arts. 280 a 282 del TRLPL), la Ley 45/2002 establece las siguientes reglas:

1. Las cantidades que haya percibido el trabajador en concepto de prestaciones por desempleo (en caso de que haya comenzado a percibir las prestaciones desde la fecha de efectos indicada en la carta de despido) se consideran indebidamente percibidas por causa no imputable al trabajador. A tal fin la Entidad Gestora cesa en el abono de las prestaciones por desempleo y el empresario debe ingresar al INEM las cantidades percibidas por el trabajador, deduciéndolas de los salarios dejados de percibir que le hubieran correspondido desde la fecha del despido hasta la fecha del acta de conciliación o de notificación de la sentencia, con el límite de la suma de tales

salarios, aplicándose para ello las normas sobre reintegro de prestaciones de cuyo pago sea directamente responsable el empresario, procediendo asimismo a reclamar, en su caso, al trabajador el correspondiente reintegro si la cuantía de la prestación abonada hubiera superado la del salario (estimamos que este supuesto es muy difícil que se produzca dado que, como es sabido, la cuantía de la prestación por desempleo es del 70% de la base reguladora –promedio de las bases de cotización durante los últimos seis meses–, salvo en caso de que el trabajador haya percibido el tope mínimo de la prestación que es del 100% o el 75% del salario mínimo interprofesional, según el trabajador tenga o no, respectivamente, hijos a su cargo, y haya venido cotizando por base mínima de cotización).

2. El INEM debe reclamar a la TGSS las cotizaciones a la Seguridad Social efectuadas durante la percepción de las prestaciones. Es sabido que durante el período de percepción de la prestación por desempleo el INEM ingresa las cotizaciones a la Seguridad Social, asumiendo la aportación empresarial y descontando de la cuantía de la prestación la aportación que corresponda al trabajador reducida en un 35%. Y además tal cotización a la Seguridad no comprende las cuotas correspondientes a desempleo, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional.
3. El empresario debe instar el alta del trabajador en la Seguridad Social con efectos desde la fecha del despido o extinción inicial cotizando por ese período, teniendo la consideración de ocupación cotizada a todos los efectos. Es decir, los salarios de tramitación devengados deben ser cotizados por el empresario, computándose tales cotizaciones a efectos de todas las prestaciones y en especial a efectos de la duración de la prestación por desempleo.

2.4. Auto de extinción de la relación laboral.

En el supuesto de dictarse auto de extinción de la relación laboral por no readmisión o readmisión irregular cuando el despido es declarado improcedente y el empresario haya optado por la readmisión (es decir, lo que se conoce por «incidente de no readmisión»), y en el supuesto de dictarse auto de extinción de la relación laboral por resultar acreditada la imposibilidad de readmitir al trabajador por cese o cierre de la empresa obligada (arts. 279.2 y 284 del TRLPL), se establece que el trabajador comenzará a percibir las prestaciones por desempleo a partir del momento en que se declare extinguida la relación laboral. Pero si el trabajador ya estuviera percibiendo las prestaciones por desempleo desde la fecha de efectos de la carta de despido, se consideran indebidas por causa no imputable al trabajador las prestaciones percibidas hasta la extinción de la relación laboral, siendo de aplicación las tres reglas señaladas anteriormente relativas al despido nulo o improcedente con opción por la readmisión.

2.5. Suspensión y reanudación de la prestación por desempleo.

Conforme al artículo 295 del TRLPL, cuando la sentencia declara la nulidad del despido, o declara su improcedencia y el empresario opta por la readmisión o bien si la opción corresponde al trabajador (por ser representante legal de los trabajadores o delegado sindical) y opta por la read-

misión, en tales supuestos si el empresario o el trabajador interpone recurso, el empresario está obligado, mientras dure la tramitación del recurso, a satisfacer al trabajador la misma retribución que venía percibiendo con anterioridad a producirse tales hechos, continuando el trabajador prestando servicios, a menos que el empresario prefiera abonar los salarios sin compensación alguna.

En tales supuestos, el derecho a la percepción de la prestación por desempleo se suspende por el INEM mientras el trabajador continúe prestando servicios o no los preste por voluntad del empresario, durante la tramitación del recurso. Y una vez se produzca la resolución definitiva se procede de la forma establecida en el punto anterior para el supuesto de despido nulo o despido improcedente con opción por la readmisión.

La prestación por desempleo se reanuda previa solicitud del trabajador, acreditando que ha finalizado la causa de suspensión.

V. FORMA Y PLAZO DE COTIZACIÓN DE LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN

Cuando el trabajador tiene derecho a salarios de tramitación, lo que ocurre si el empresario reconoce la improcedencia del despido y ofrece la indemnización prevista para el mismo y la deposita en el Juzgado de lo Social transcurrido el plazo de las cuarenta y ocho horas siguientes al despido, o bien si no efectúa tal depósito y el despido es reconocido en conciliación (administrativa o judicial) o declarado en virtud de sentencia del Orden Social como nulo o bien como improcedente, el empresario debe instar el alta y la baja del trabajador y cotizar a la Seguridad Social durante el período correspondiente a los salarios de tramitación, que se considera como de ocupación cotizada a todos los efectos.

Para ello el empresario debe realizar una liquidación complementaria por el importe de los salarios de tramitación devengados (confeccionando la liquidación con detalle separado de cada uno de los meses transcurridos y conforme a las bases, topes, tipos y condiciones vigentes en las fechas a que correspondan dichos salarios, si bien cuando el tipo de cotización sea el mismo se admite la presentación de un solo boletín de cotización que abarque los meses liquidados si al mismo se le unen relaciones de trabajadores –Modelo de la serie TC.2– independientes, por cada uno de los meses transcurridos), efectuando el empresario el correspondiente descuento de la cuota obrera en el momento en que abone al trabajador dichos salarios. Dicha liquidación debe comprender la totalidad de los salarios de tramitación devengados incluida, en su caso, la parte que corresponda al Estado, debiendo la empresa una vez efectuado el ingreso, reclamar al Estado el reintegro de lo efectuado por su cuenta. Se vuelve, pues, íntegramente a la situación anterior al Real Decreto-Ley 5/2002, respecto a la responsabilidad del Estado en orden al abono y cotización de los salarios de tramitación desde los 61 días hábiles a partir de la fecha en que se presentó la demanda, por lo que nos remitimos al epígrafe II punto 5.

El ingreso en período voluntario de las cuotas correspondientes a los salarios de tramitación que deben abonarse como consecuencia de procesos de despido o de extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, se realiza en un plazo que concluye el último día del mes siguiente a aquel

en que se haya notificado el acta de conciliación, la sentencia o el auto judicial de extinción de la relación laboral (art. 66.3.2 de la Orden de 26 de mayo de 1999). A ello hay que añadir, tras la Ley 45/2002, el último día del mes siguiente al de la fecha en que el empresario haya efectuado el depósito de la indemnización (tras reconocer la improcedencia del despido) cuando tal depósito se realice transcurrido el plazo de las cuarenta y ocho horas siguientes al despido.

De otra parte, y partiendo de la obligación de cotizar por los salarios de tramitación devengados, ¿se debe cotizar por todas las contingencias? Conforme a las disposiciones legales vigentes la respuesta es afirmativa. No obstante 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 del 0,9% del RD 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 ⁵.

VI. LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN Y LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL

1. Concurrencia de incapacidad temporal y salarios de tramitación.

Hasta el Real Decreto-Ley 5/2002, en el caso de un trabajador que encontrándose en situación de incapacidad temporal es despedido por la empresa, que cursa su baja en la Seguridad Social, e impugnado el despido la Jurisdicción Social declara su improcedencia optando la empresa por la indemnización y el abono de los salarios de tramitación, ante la duda sobre si existe incompatibilidad entre el subsidio y los salarios de tramitación, declara la doctrina jurisprudencial que no existe tal incompatibilidad, pues el subsidio no se pierde por tener otros ingresos sino por trabajar, y de darse dicha incompatibilidad la entidad exonerada sería la empresa y no el INSS o la Mutua de Accidentes. Estas Entidades deben satisfacer el subsidio (en régimen de pago directo) al concurrir todos los requisitos que se exigen para causar tal prestación, sin que ello implique que el trabajador tenga derecho a cobrar doblemente el subsidio por incapacidad temporal y salarios dejados de percibir, pues ello significaría situar al trabajador en una situación abusiva y de enriquecimiento injusto.

Por tanto, el INSS o la Mutua deben abonar el subsidio de incapacidad temporal durante tal período y percibir del empresario las cotizaciones correspondientes a todos los salarios de tramitación (Sentencias del Tribunal Supremo, dictadas en unificación de doctrina, de 16 junio y 3 octubre 1994, 17 enero 1995, 24 junio 1996, 28 mayo 1999).

Durante el **período de vigencia del Real Decreto-Ley 5/2002** (del 26 de mayo al 13 de diciembre de 2002), desde la fecha del despido el INSS o la Mutua deben asimismo seguir abonando el subsidio por incapacidad temporal al trabajador en régimen de pago directo. Si la sentencia que recaiga en su día declara la improcedencia del despido y se opta por la indemnización, como no se devengan salarios de tramitación no existe por tanto obligación empresarial de cotización a la Seguridad Social por los mismos. En cambio si la opción es por la readmisión sí que existe obligación del empresario de alta y cotización durante el período correspondiente a los salarios de tramitación. En ambos supuestos el empresario no tiene obligación de abonar al trabajador los salarios de tramitación.

Tras la **entrada en vigor de la Ley 45/2002**, desde la fecha del despido el INSS o la Mutua deben asimismo seguir abonando el subsidio por incapacidad temporal al trabajador en régimen de pago directo. Si la sentencia que recaiga en su día declara la improcedencia del despido y se opta por la indemnización, se diferencian dos situaciones: 1) si el empresario reconoció la improcedencia del despido y depositó en el Juzgado de lo Social el importe de la indemnización procedente en las cuarenta y ocho horas siguientes al despido: no se devengan salarios de tramitación y por tanto no existe obligación empresarial de cotización a la Seguridad Social por los mismos; y 2) si el empresario no ha reconocido la improcedencia del despido ni ha depositado en el Juzgado de lo Social el importe de la indemnización: sí que existe obligación del empresario de alta y cotización durante el período correspondiente a los salarios de tramitación. Pero si la opción es por la readmisión el empresario está obligado al alta y cotización durante el período de devengo de los salarios de tramitación. En todos estos supuestos el empresario no tiene obligación de abonar al trabajador el importe de los salarios de tramitación.

2. Inicio de la incapacidad temporal durante la tramitación de la acción por despido.

Cuando un trabajador es despedido por la empresa, presenta la oportuna demanda por despido y antes de la celebración del juicio inicia un proceso por incapacidad temporal (derivada de enfermedad común o accidente no laboral), se plantea la cuestión sobre si procede el pago de la prestación y la cotización por los salarios de tramitación desde el inicio de la situación de incapacidad temporal.

Hasta el Real Decreto-Ley 5/2002, se venía considerando por la doctrina jurisprudencial que la decisión extintiva del empresario ejercitada mediante despido le autoriza a dar de baja al trabajador en la Seguridad Social, sin perjuicio de las consecuencias que puedan producirse con eficacia retroactiva en caso de declaración de nulidad o improcedencia del despido respecto de los salarios dejados de percibir y de las cotizaciones que por los mismos han de ingresarse en la Seguridad Social,

según establece la Orden de cotización de cada año. Ello significa que la Seguridad Social debe abonar el subsidio de incapacidad temporal durante tal período y percibir del empresario las cotizaciones correspondientes a todos los salarios de tramitación.

Corresponde al INSS el abono del subsidio por incapacidad temporal cuando ésta se ha producido durante el período en que el trabajador tiene derecho al percibo de salarios de tramitación por despido nulo o improcedente. No existe incompatibilidad entre el subsidio por incapacidad temporal y los salarios de tramitación, pues la prestación no se pierde por tener otros ingresos sino por trabajar, y de darse dicha incompatibilidad la entidad exonerada sería la empresa y no el INSS, sin que ello implique que el trabajador tenga derecho a cobrar doblemente el subsidio y salarios dejados de percibir, pues ello significaría situar al trabajador en una situación abusiva y de enriquecimiento injusto.

En consecuencia, en este supuesto la empresa debía ingresar las cotizaciones correspondientes a los salarios de tramitación, quedando excluida del abono al trabajador del importe de los salarios de tramitación (objeto de condena) durante el tiempo de percepción del subsidio por incapacidad temporal, que debe ser satisfecho por el INSS al trabajador (sentencias anteriormente citadas).

Durante el **período de vigencia del Real Decreto-Ley 5/2002**, hay que diferenciar dos situaciones:

1. *Si 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:* al iniciar el proceso de incapacidad temporal se le aplica el artículo 222.3 del TRLGSS (en 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 y enfermedades profesionales).

Si la sentencia que recaiga en su día declara la improcedencia del despido y se opta por la indemnización, no se devengan salarios de tramitación ni por tanto existe cotización empresarial por los mismos.

Pero si 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. Si el trabajador despedido impugna el despido sin comenzar a percibir la prestación por desempleo: 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, no se devengan salarios de tramitación ni por tanto existe cotización empresarial por los mismos. 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).

En cambio si 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.

Tras la **entrada en vigor de la Ley 45/2002**, hay que diferenciar asimismo 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*: al iniciar el proceso de incapacidad temporal se le aplica el artículo 222.3 del TRLGSS (en 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 y 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: 1) 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 cuarenta y ocho horas siguientes al despido), no existe obligación de cotización empresarial por los mismos; 2) 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 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*: 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: 1) si el trabajador no tiene derecho a salarios de tramitación, no existe por tanto cotización empresarial por los mismos; y 2) 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.

VII. EFECTOS DE LA LEY 45/2002 PARA EL EMPRESARIO, EL TRABAJADOR Y EL ESTADO

La reforma llevada a cabo por la Ley 45/2002 en el despido disciplinario y en la prestación por desempleo contributivo, afecta a los salarios de tramitación y su cotización a la Seguridad Social, y produce una serie de efectos tanto en el empresario y trabajador como en el Estado.

1. Efectos para el empresario.

El **Real Decreto-Ley 5/2002** (vigente desde el 26 de mayo al 13 de diciembre de 2002) ha producido para el empresario dos importantes efectos:

1. Un considerable ahorro, de una parte al suprimir el abono al trabajador de los salarios de tramitación cuando el despido es reconocido (en conciliación administrativa o judicial) o declarado (mediante sentencia del Orden Social) como improcedente, con opción por la indemnización por el empresario (o, en su caso, el trabajador, si se trata de un delegado de personal, miembro del comité de empresa o de un delegado sindical), y de otra, consecuencia de la anterior, al eliminar la cotización a la Seguridad Social de tales salarios de tramitación. Por tanto el Real Decreto-Ley 5/2002 ha abaratado el despido improcedente con opción por la indemnización (que son la gran mayoría de los despidos) al suprimir el abono de los salarios de tramitación y su cotización a la Seguridad Social. El ahorro para el empresario de tales salarios y su cotización podía suponer de promedio en caso de conciliación administrativa de quince a treinta días, y en caso de sentencia de dos a cuatro meses.

2. La supresión del pago por el Estado de los salarios de tramitación y su cotización a la Seguridad Social cuando la sentencia que declara la improcedencia del despido se dicta transcurridos más de 60 días hábiles desde la fecha en que se presenta la demanda, ha perjudicado al empresario, al tener que hacerse cargo de tales salarios y su cotización en los procesos en los que se discutía la antigüedad o el salario del trabajador, cuando la sentencia ha declarado la improcedencia del despido fijando una elevada indemnización (al reconocer al trabajador una mayor antigüedad o salario) y el empresario ante la importante cuantía de la indemnización fijada se haya visto forzado a optar por la readmisión, en cuyo caso debe abonar al trabajador la totalidad de los salarios de tramitación devengados y su cotización a la Seguridad Social, en lugar de limitarlos hasta los 60 días hábiles desde la fecha de presentación de la demanda.

La **Ley 45/2002**, vigente a partir del 14 de diciembre de 2002, supone para el empresario lo siguiente:

1. La exoneración de los salarios de tramitación: cuando el empresario reconozca la improcedencia del despido disciplinario, ofrezca la indemnización prevista para el mismo y la deposite en el Juzgado de lo Social en el plazo de las 48 horas siguientes al despido, a disposición del trabajador y poniéndolo en su conocimiento, y ello con independencia de que, posteriormente, se reconozca en conciliación el despido improcedente o la sentencia que se dicte declare la improcedencia del despido. Se mantiene, pues, la situación existente durante la vigencia del Real Decreto-Ley 5/2002, que supone un considerable ahorro para el empresario al suprimir tanto el abono de los salarios de tramitación como su cotización a la Seguridad Social, si bien se exige el depósito de la indemnización en el breve plazo de las 48 horas siguientes al despido.
2. Limitación del devengo de los salarios de tramitación: cuando el empresario reconozca la improcedencia del despido disciplinario (desde la fecha del despido hasta la de la conciliación), ofrezca la indemnización prevista para el mismo y la deposite en el Juzgado de lo Social transcurrido el plazo de las 48 horas siguientes al despido, a disposición del trabajador y poniéndolo en su conocimiento. En este caso el abono y cotización del importe de los salarios de tramitación se limita a la fecha del depósito de la indemnización en el Juzgado de lo Social.
3. Retorna el pago (y cotización) por el Estado de los salarios de tramitación devengados cuando la sentencia que declare la improcedencia del despido se dicte transcurridos más de 60 días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda. Se vuelve, por tanto, a la situación anterior al Real Decreto-Ley 5/2002, suprimiéndose el perjuicio que para el empresario tenía tal norma en esta materia.

2. Efectos para el trabajador.

Con el **Real Decreto-Ley 5/2002** el trabajador perdió: 1) el abono de los salarios de tramitación cuando el despido es reconocido o declarado improcedente con opción por la indemnización y,

por tanto, un elemento negociador en el proceso de conciliación administrativa o judicial; y 2) la cotización de tales salarios de tramitación, que puede tener suma importancia tanto para el nacimiento del derecho a la prestación por desempleo (supuesto en que el trabajador tenga cotizados menos de doce meses, en cuyo caso al no existir cotización por los salarios de tramitación, no tiene cubierto el período mínimo de cotización exigido), como a la duración de la prestación, que está en función del período de ocupación cotizada con arreglo a una escala (por cada seis meses adicionales de cotización corresponden dos meses de prestación).

Para compensar esa merma de ingresos, desde el Gobierno se hizo especial hincapié en que para los trabajadores despedidos que hayan cotizado más de doce meses el Real Decreto-Ley 5/2002 garantizaba el acceso inmediato a la prestación por desempleo, desde el primer día de cese en el trabajo, sin necesidad de recurrir necesariamente a la impugnación ni de esperar la resolución judicial. Pero hay que tener en cuenta que en lugar de salarios de tramitación (sueldo que percibía el trabajador en el momento del despido), el trabajador percibe la prestación por desempleo (70% de la base reguladora, que es el promedio de lo cotizado en los seis meses anteriores), lo que supone una reducción importante, y además el trabajador «consume paro» desde la fecha del despido.

Tras la **Ley 45/2002** el trabajador sólo pierde los salarios de tramitación cuando el empresario reconoce la improcedencia del despido disciplinario, ofrece la indemnización prevista para el mismo y la deposita en el Juzgado de lo Social en el plazo de las 48 horas siguientes al despido, a disposición del trabajador y poniéndolo en su conocimiento. En otro caso, tanto si el empresario reconoce la improcedencia del despido y deposita la indemnización en el Juzgado transcurrido el plazo de las 48 horas siguientes al despido, como si no efectúa tal reconocimiento y depósito, se devengan salarios de tramitación, hasta la fecha del depósito en el primer caso o bien hasta el acto de conciliación reconociendo la improcedencia del despido o hasta la sentencia que declare la improcedencia del despido, en el segundo caso.

Asimismo si el trabajador no tiene derecho a salarios de tramitación, pierde también la cotización correspondiente a los mismos.

3. Efectos para el Estado.

Hasta el **Real Decreto-Ley 5/2002** el Estado se hacía cargo de la «lentitud de la Justicia» al abonar el importe de los salarios de tramitación y su cotización a la Seguridad Social cuando la sentencia que declaraba la improcedencia del despido fuese dictada transcurridos más de 60 días hábiles desde la fecha en que se presenta la demanda. El exceso de tales días era a cargo del Estado con independencia de que declarado el despido improcedente, la opción fuera por la indemnización o por la readmisión.

Durante la **vigencia del Real Decreto-Ley 5/2002** se suprimió el abono por cuenta del Estado de los salarios de tramitación y de las cuotas de la Seguridad Social a partir del día 61 desde la fecha de presentación de la demanda, lo que ha supuesto un claro ahorro para el Estado.

Con la Ley 45/2002 retorna el pago (y cotización) por el Estado de los salarios de tramitación devengados cuando la sentencia que declare la improcedencia del despido se dicte transcurridos más de 60 días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda, lo que supone la vuelta a la situación anterior al Real Decreto-Ley 5/2002.

VIII. CUADROS-RESÚMENES

CUADRO 1. SALARIOS DE TRAMITACIÓN Y SU COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL			
Situación	Normativa anterior	Real Decreto-Ley 5/2002	Ley 45/2002
Entrega carta de despido	<ul style="list-style-type: none"> Procede la baja del trabajador en la Seguridad Social. 	<ul style="list-style-type: none"> Procede la baja del trabajador en Seguridad Social. Situación legal de desempleo. 	<ul style="list-style-type: none"> Situación legal de desempleo. Acuerdo sobre indemnización: baja del trabajador, no se devengan salarios tramitación y no obligación de depósito indemnización en Juzgado de lo Social. No acuerdo sobre indemnización y depósito de la indemnización en Juzgado de lo Social: 1) en plazo de 48 horas desde despido: baja del trabajador, no se devengan salarios tramitación en ningún caso; y 2) transcurrido plazo 48 horas: baja trabajador, devengo salarios tramitación y cotización hasta la fecha del depósito. No acuerdo sobre indemnización, no depósito y posterior acuerdo privado: devengo salarios tramitación y cotización hasta la fecha del acuerdo.
Despido no impugnado	<ul style="list-style-type: none"> Eficacia del despido y baja en S.S. precedente. 	<ul style="list-style-type: none"> Eficacia del despido y baja en S.S. precedente. 	<ul style="list-style-type: none"> Eficacia del despido y baja en S.S. precedente.
Conciliación administrativa	<ul style="list-style-type: none"> Devengo salarios tramitación. Alta y cotización en S.S. Posible limitación salarios y cotización: depósito indemnización en Juzgado de lo Social. 	<ul style="list-style-type: none"> Reconocimiento despido improcedente y opción indemnización: no se devengan salarios de tramitación y no procede alta y cotización en S.S. Reconocimiento despido improcedente y opción por readmisión: devengo salarios de tramitación y cotización a la S.S. 	<ul style="list-style-type: none"> Depósito indemnización en Juzgado de lo Social en plazo de 48 horas desde despido: no se devengan salarios tramitación y no cotización. No depósito indemnización: 1) acto con acuerdo: devengo y cotización salarios tramitación desde la fecha del despido hasta la del acto conciliación; y 2) acto sin acuerdo pero el empresario deposita indemnización: devengo y cotización salarios tramitación desde fecha despido hasta la del depósito.

.../...

.../...

Conciliación judicial	<ul style="list-style-type: none"> • Devengo salarios tramitación. • Procede el alta y cotización en la Seguridad Social. 	<ul style="list-style-type: none"> • Reconocimiento despido improcedente y opción por indemnización: no se devengan salarios de tramitación y no cotización en S.S. • Reconocimiento despido improcedente y opción por readmisión: devengo salarios de tramitación y cotización en S.S. 	<ul style="list-style-type: none"> • Se aplica íntegramente lo señalado en el supuesto de conciliación administrativa previa.
Sentencia: caducidad despido	<ul style="list-style-type: none"> • Eficacia del despido y baja en S.S. procedente. 	<ul style="list-style-type: none"> • Eficacia del despido y baja en S.S. procedente. 	<ul style="list-style-type: none"> • Eficacia del despido y baja en S.S. procedente.
Sentencia: despido procedente	<ul style="list-style-type: none"> • Eficacia del despido, baja en S.S. procedente y no devengo salarios tramitación. 	<ul style="list-style-type: none"> • Eficacia del despido, baja en S.S. procedente y no devengo salarios tramitación. 	<ul style="list-style-type: none"> • Eficacia del despido, baja en S.S. procedente y no devengo salarios tramitación.
Sentencia: despido improcedente	<ul style="list-style-type: none"> • Devengo salarios tramitación se opte por indemnización o por readmisión. • Alta y cotización S.S. 	<ul style="list-style-type: none"> • Opción indemnización: no devengo salarios de tramitación y no procede cotización a la S.S. • Opción readmisión: devengo salarios tramitación y procede alta y cotización en S.S. 	<ul style="list-style-type: none"> • Sin depósito de la indemnización: devengo y cotización salarios tramitación se opte por indemnización o por readmisión: se vuelve a la situación anterior al RD-L 5/2002. • Con depósito de la indemnización: 1) en las 48 horas siguientes al despido: no devengo ni cotización salarios tramitación; y 2) en acto conciliación: devengo salarios y cotización hasta dicha fecha.
Sentencia: despido nulo	<ul style="list-style-type: none"> • Devengo salarios tramitación. • Alta y cotización S.S. 	<ul style="list-style-type: none"> • Devengo salarios tramitación. • Alta y cotización S.S. 	<ul style="list-style-type: none"> • Devengo salarios tramitación. • Alta y cotización S.S.
Fase de recurso	<ul style="list-style-type: none"> • Despido improcedente y opción por indemnización. • Situación legal de desempleo durante la sustanciación del recurso. 	<ul style="list-style-type: none"> • Despido improcedente y opción por indemnización. • Situación legal de desempleo durante la sustanciación del recurso. 	<ul style="list-style-type: none"> • Despido improcedente y opción por indemnización. • Situación legal de desempleo durante la sustanciación del recurso.
Pago por el Estado	<ul style="list-style-type: none"> • Sentencia declarando la improcedencia del despido. • Abono y cotización de los salarios de tramitación a partir del día 61 desde la presentación de la demanda. 	<ul style="list-style-type: none"> • Se suprime el abono y cotización de los salarios de tramitación a cargo del Estado a partir del día 61 desde la presentación de la demanda. 	<ul style="list-style-type: none"> • Se vuelve íntegramente a la situación anterior al RD-L 5/2002: abono y cotización por el Estado de los salarios de tramitación a partir del día 61 desde la presentación de la demanda en caso de sentencia declarando la improcedencia del despido.

CUADRO 2. LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN Y LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL			
Situación	Normativa anterior	Real Decreto-Ley 5/2002	Ley 45/2002
Despido durante la situación de incapacidad temporal	<ul style="list-style-type: none"> • Despido improcedente y opción por indemnización o por readmisión: <ul style="list-style-type: none"> – Abono del subsidio por el INSS o la Mutua. – No abono de los salarios de tramitación por el empresario. – Alta y cotización a la Seguridad Social. 	<ul style="list-style-type: none"> • Despido improcedente y opción por indemnización: abono subsidio por INSS o Mutua, no abono salarios tramitación por empresario, no procede alta y cotización Seguridad Social. • Despido improcedente y opción por readmisión: abono subsidio por INSS o Mutua, no abono salarios tramitación por empresario, procedencia alta y cotización Seguridad Social. 	<ul style="list-style-type: none"> • Despido improcedente y opción por indemnización: 1) con depósito en el Juzgado la indemnización en el plazo de 48 horas siguientes al despido: abono subsidio por INSS o Mutua, no abono ni cotización salarios tramitación por empresario; y 2) sin depósito indemnización: abono subsidio por INSS o Mutua, no abono salarios tramitación por empresario pero con obligación de cotización. • Despido improcedente y opción por readmisión: abono subsidio por INSS o Mutua, no abono salarios tramitación por empresario pero con obligación de cotización.
Inicio de la situación de incapacidad temporal durante la tramitación de la acción por despido	<ul style="list-style-type: none"> • Abono del subsidio por el INSS. • No abono de los salarios de tramitación por el empresario durante el período de percepción de la incapacidad temporal. • Alta y cotización a la Seguridad Social. 	<ul style="list-style-type: none"> • Percepción de desempleo e impugnación despido: aplicación artículo 223.3 TRLGSS. Sentencia declara improcedencia despido: 1) opción indemnización: no abono salarios tramitación y no procede cotización S.S.; y 2) opción readmisión: procede alta y cotización durante todo el período correspondiente a los salarios tramitación (el INEM reclama a la TGSS las cotizaciones abonadas). • No percepción desempleo e impugnación despido: abono del subsidio por el INSS. Sentencia declara la improcedencia despido: 1) opción indemnización: no abono salarios tramitación y no procede cotización S.S.; 2) opción readmisión: abono de los salarios de tramitación hasta la fecha de inicio de la incapacidad temporal y alta y cotización de todos los salarios de tramitación devengados hasta la fecha de la sentencia. 	<ul style="list-style-type: none"> • Percepción de desempleo e impugnación despido: aplicación artículo 223.3 TRLGSS. Sentencia declara improcedencia despido: 1) opción indemnización: si el empresario depositó la indemnización en plazo 48 horas desde despido, no abono salarios tramitación y no procede cotización S.S., y si no se efectuó el depósito, no procede abono salarios tramitación pero con obligación de cotización; y 2) opción readmisión: procede alta y cotización durante todo el período correspondiente a los salarios de tramitación (el INEM reclama a la TGSS las cotizaciones abonadas). • No percepción desempleo e impugnación despido: abono del subsidio por el INSS. Sentencia declara la improcedencia despido: 1) opción indemnización: si el empresario depositó la indemnización en el plazo de 48 horas, no abono salarios tramitación y no procede cotización S.S., pero si no se efectuó tal depósito no procede abono salarios tramitación pero con obligación de cotización; y 2) opción readmisión: abono de los salarios de tramitación hasta la fecha de inicio de la incapacidad temporal y alta y cotización de todos los salarios de tramitación devengados hasta la fecha de la sentencia.

NOTAS

- ¹ Con la finalidad de tener una visión global del tema y evitar remisiones a nuestro anterior trabajo «Los salarios de tramitación y su cotización a la Seguridad Social tras el Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros. Núm. 232, julio 2002, se ha optado por su inclusión parcial en este artículo.
- ² Así lo reconocía la jurisprudencia al señalar que «la decisión extintiva del empresario ejercitada mediante despido le autoriza a dar de baja al trabajador en la Seguridad Social, sin perjuicio de las consecuencias que puedan producirse con eficacia retroactiva en caso de declaración de nulidad o improcedencia del despido respecto de los salarios dejados de percibir y de las cotizaciones que por los mismos han de ingresarse en la Seguridad Social» (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1995).
- ³ La cotización por los salarios de tramitación tenía lugar incluso en el supuesto de que el trabajador renunciara a ellos por conciliación, pues tal negocio sólo podía vincular a las partes firmantes, y no a terceros como en este caso es la Seguridad Social (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1991).
- ⁴ El despido se considera nulo en los siguientes supuestos: 1) discriminación; 2) violación de derechos fundamentales y libertades públicas; 3) trabajadores en situación de suspensión del contrato por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento (o despido notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho período de suspensión); 4) trabajadoras embarazadas desde el inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión del contrato; 5) trabajadores que hayan solicitado o disfruten permisos por lactancia de un hijo menor de nueve meses, o por parto prematuro y neonato hospitalizado, o bien por guarda legal de un menor de seis años o minusválido; y 6) trabajadores en situación de excedencia por cuidado de hijo.
- ⁵ Sobre esta cuestión se considera que de producirse durante el período de tramitación del procedimiento el hecho causante de una prestación, la responsabilidad del pago de la misma corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social, y ello por cuanto al ser impugnado el despido, existe una pervivencia contractual hasta que recaiga la resolución judicial firme, resolutoria de la procedencia o no del despido, «por la que la baja en la Seguridad Social no surte sus efectos, debiendo considerarse (por imperativo legal) al trabajador en alta obligada, aunque provisionalmente se encuentre interrumpida con ocasión de su despido» (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 7 de octubre de 1989, referida a la prestación de incapacidad temporal).