

A REFORMA DO RÉXIME XURÍDICO DO DESPEDIMENTO POLA LEI 45/2002. EN PARTICULAR, SOBRE A REGULACIÓN DOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN

Javier Gárate Castro

Catedrático de dereito do traballo e da Seguridade social
da Universidade de Santiago de Compostela

1. Para comezar

Tiven a oportunidade de sinalar por escrito¹, e reitéroo agora, que un dos aspectos máis preocupantes, quizais o máis preocupante, do «bodrio» ou «bazofia» que constituíu, polo menos desde o punto de vista da técnica xurídica seguida ou aplicada, o polémico Real decreto-lei 5/2002, do 24 de maio, foi o da profunda modificación do sistema de protección fronte ó despedimento que, aínda que aparecía realizada no marco da reforma das prestacións por desemprego, posuía substantividade propia. Tratándose dunha cuestión principal dentro das que eran obxecto de regulación polo citado texto legal, chamaba profundamente a atención que a súa exposición de motivos evitara proporcionar calquera explicación *directa e clara* das medidas adoptadas ó respecto. Neste sentido, non se podía considerar seriamente que semellante explicación emerxese ó

¹ Vid. J. GÁRATE CASTRO: «La reforma del régimen jurídico del despido; en particular, de los salarios de tramitación», *Aranzadi Social*, 2002, 12, páx. 56.

relaciona-las aludidas medidas coas que se indicaba que tiñan como obxectivo o «mellora-lo funcionamento do mercado de traballo», efectos para os que aquela exposición de motivos manifestaba que se establecía «o comezo da percepción da prestación de desemprego desde o cesamento por despedimento, con independencia da súa impugnación, posibilitando a existencia de ingresos no período que medie entre o despedimento e a conciliación ou a sentenza». Cabe pensar que o Goberno optou deliberadamente por eludir da-lo tipo de explicación considerado porque era consciente de que a modificación comentada excedía con moito da do sistema de protección por desemprego ou, se se prefire, pouco tiña que ver con ela e para nada se relacionaba cos obxectivos formulados na exposición de motivos á que se vén facendo referencia. O resultado é que as razóns de oportunidade da reforma –as xurídicas non existían– debía de extraelas o intérprete do contido dos propios preceptos modificados; polo demais, non se descubría en ningún momento que concorrese na regulación da materia unha necesidade extraordinaria e urxente xustificativa, en termos do art. 86.1 Const., da súa realización acudindo á figura do decreto-lei. Neste sentido, a tramitación como lei da reforma, con importantes modificacións que alcanzan, polo que aquí interesa, o réxime do despedimento, que volve, nos seus aspectos laborais, a unha situación que implica un notorio achegamento á anterior ó Real decreto-lei 5/2002, contribúe a privar de razón ós que afirmaron, principalmente desde instancias políticas, a existencia da expresada necesidade e mostra que, en realidade, se actuou con precipitación e moi pouca responsabilidade. Tal é unha das conclusións que cabe extraer da lectura dos preceptos do ET que se ocupan do despedimento, modificados novamente pola Lei 45/2002, do 12 de decembro, que supón, tanto nesta materia coma en moitos aspectos da protección por desemprego, unha reforma con medidas claramente opostas ás introducidas pola anterior.

É laudable o ter regresado, en materia de despedimento, a unha situación máis próxima á anterior á entrada en vigor do Real decreto-lei 5/2002; sen embargo, á parte de que a redacción dada a algúns dos preceptos modificados, principalmente os que repercuten sobre os efectos do despedimento en materia de protección por desemprego, é excesivamente prolixa e deixa moito que desexar en canto á súa claridade e técnica xurídica², segue chamando a atención que a Lei 45/2002 non proporcione, na súa exposición de motivos, ningunha explicación relacionada directamente coa nova regulación do despedimento, que segue excedendo, de forma clara, da reforma da protección por desemprego. Bótase en falta, especialmente, que non se tire ningunha luz sobre a razón pola que se

² Esta resulta máis propia dun regulamento que de disposicións con rango de lei.

considera bo regula-lo despedimento como se fai agora, cando poucos meses atrás o que se estimaba bo era a suxeición deste a un réxime distinto ou significativamente afastado do recentemente establecido.

Para comprender e valorar mellor cómo quedou finalmente a regulación do despedimento e, en particular, o réxime xurídico dos salarios de tramitación, considero oportuno partir dunha crítica xeral dos importantes cambios introducidos naquela regulación polo xa felizmente derogado Real decreto-lei 5/2002.

2. Unha reforma do despedimento que nunca se debeu producir, «pestilente» no concernente á redución dos supostos determinantes da percepción dos salarios de tramitación e as súas consecuencias

Fago referencia nesta alínea á reforma levada a cabo polo Real decreto-lei 5/2002. Con ela, a protección fronte ó despedimento, recortada xa de maneira moi notoria no ano 1994 (consideración como improcedente e non nulo do despedimento disciplinario realizado con defectos de forma; limitación dos salarios de tramitación ós percibidos ata o feito de conciliación extraprocesual en certos supostos de recoñecemento patronal da improcedencia do despedimento no dito feito; supresión da consideración de nulos dos despedimentos dos traballadores con contrato en suspenso non apreciados xudicialmente como procedentes), experimentou un novo debilitamento con respecto ós despedimentos improcedentes, definido, principal, non exclusivamente, pola supresión da percepción, cando non se optase pola readmisión, dos salarios de tramitación. Víñase así ensombrecer aínda máis, alterándoo ata facelo incoherente e sen motivo xurídico que servise de fundamento á intervención normativa desenvolvida (actuábase por razóns extraxurídicas), o cadro dos efectos do despedimento inxustifico e *ilícito*, que o dereito pide que sexa sempre *ineficaz*, o cal pasa, necesariamente, pola eliminación dos efectos que puídesen produci-la decisión empresarial.

Partindo da ilicitude tanto do despedimento improcedente coma do nulo, cabe esperar que a norma estatal asuma que debe haber, senón unha absoluta, polo menos unha importante coincidencia dos principais efectos dun e outro; pois ben, a reforma realizada polo Real decreto-lei 5/2002 afastaba esa coincidencia e, o que é máis grave, facíao a partir da substancial modificación do efecto xeral da improcedencia do despedimento que representaba, ata a súa entrada en vigor, a percepción dos salarios de tramitación tanto no caso de opción pola readmisión como polo pagamento da indemnización. Creábase así unha situación de máxima regresividade e sen precedentes no noso dereito, no que, desde o

desenvolvemento normativo da primeira regulación do contrato de traballo, proporcionada polo Código do traballo aprobado por Real decreto-lei, do 23 agosto 1926, o despedimento inxustificado sempre supuxera o pagamento dos salarios deixados de percibir³. O Goberno en funcións de lexislador tomoulle o relevo á última xurisprudencia da Sala do Social do Tribunal Supremo sobre a materia, de signo igualmente regresivo (privación da natureza salarial ós salarios de tramitación e atribución a estes de non se sabe ben qué condición, a medio camiño entre a salarial e a de indemnización), e procedeu a lanzar un ataque frontal contra a existencia dos salarios de tramitación. Probablemente, esa xurisprudencia, que parte do mantemento da eficacia da decisión patronal de despedir declarada xudicialmente ilícita (despedimento improcedente ou nulo), alentara algúns dos aspectos da reforma agora comentada, como o incorporado ó texto do art. 56.1 ET, que pasou a dispoñer, no caso de despedimento improcedente, que o aboamento da indemnización determinaba «a extinción do contrato de traballo», que se entendería producida «na data do cesamento efectivo no traballo».

Sinalaba ó comezo que as razóns (de oportunidade, porque xurídicas non as había) da reforma, silenciadas polo Goberno, podíanse extraer do contido dos preceptos modificados. Pois ben, a lectura dos que constitúen o núcleo da reforma permite percibir que subxacía nela:

1) A idea de que un despedimento barato, aínda que sexa inxusto ou ilícito, serve ós obxectivos xerais da política de emprego (o fin xustifica os medios, aínda que estes sexan ben inconfesables).

2) A redución –parece que non eliminación, como despois terei ocasión de expoñer; se fose eliminación, aínda se tería feito máis irrisoria ou marxinal a opción pola readmisión– do custo que supón para o Estado (e, polo tanto, da repercusión negativa que ten sobre o déficit público) a súa obriga de aboar parte dos salarios de tramitación e as correspondentes cotas de Seguridade social en caso de sentenza que declare tardíamente a improcedencia do despedimento.

E 3) o propósito de redución do abundante número de litixios sobre despedimentos que se entendía que habería de provocar, con seguridade, a eliminación, no suposto máis frecuente na práctica (despedimento improcedente con atribución ó empresario da posibilidade de optar pola indemnización), do efecto económico (pagamento dos salarios de tramitación) que, pola súa contía, a miúdo superior á da propia indemnización, máis podía animar ó traballador a accionar contra o seu despedimento, o que, certamente, podía chegar a ter, no caso concreto,

³ Sobre o particular vid. J. GÁRATE CASTRO: *Los salarios de tramitación. Un estudio de las percepciones salariales unidas a la declaración de improcedencia o nulidad del despido*, ACARL (Madrid, 1994), páxs. 85 e seguintes.

consecuencias incompatibles co dereito á tutela xudicial efectiva na medida en que se disuadise a aquel de acudir ó proceso por non compensarlle economicamente e a pesar de ter poderosas razóns xustificativas do exercicio do correspondente feito⁴.

Maniféstase as anteriores razóns da reforma non era conveniente politicamente, polo que se comprende o esforzo do Goberno por ocultalas.

Coa entrada en vigor do Real decreto-lei 5/2002 despexouse calquera dúbida que puidera existir aínda sobre a flexibilidade como principio rector do réxime xurídico do despedimento en España. Certamente, a flexibilización das relacións laborais non debe tomarse, por si soa, como algo negativo, pero sempre que se sustente sobre unha causa obxectiva suficiente. Pode compartirse en maior ou menor grao a facilitación da contratación de duración determinada a través dunha maior amplitude das causas obxectivas que a permiten ou unha concepción normativa máis ampla do que é a causa económica, técnica, organizativa ou de produción que lexítima o exercicio dos poderes empresariais para a organización do traballo ou para as extincións por despedimento colectivo ou pola vía do art. 52.c) ET; ou ata a redución da indemnización legal que lles corresponde percibir ós traballadores afectados por tales extincións ou, mellor, a limitación por riba das indemnizacións convencionais superiores. Sen embargo, non é admisible e repúgnalle ó dereito o flexibilizar pola vía do seu abaratamento, como facía o Real decreto-lei 5/2002, un despedimento *ilícito*, que non responde a ningunha causa protexida polo ordenamento ou que se produciu coa inobservancia das máis elementais garantías formais que fan posible a defensa do traballador. O despedimento «improcedente» supón un incumprimento do empresario, un ilexítimo exercicio dun feito de autotutela fronte ó cal o ordenamento debe reaccionar coa maior contundencia, tendendo a repoñer as cousas ó estado anterior ou imponéndolle á empresa que o realice unha carga económica que compense realmente (que atenda tanto o lucro cesante coma o dano emerxente) a quen o sufra, por estar á altura do ben inxustamente atacado, que é o traballo (art. 35.1 Const.) e a ganancia que con el obtén o traballador. As modificacións do ET levadas a cabo

⁴ ¿Que beneficio económico relevante podía obterlo traballador que decidise reclamar xudicialmente, ante un despedimento claramente improcedente, unha diferenza non demasiado importante en termos cuantitativos entre a indemnización ofertada pola empresa e aquela que realmente lle correspondera? ¿Que podía facer un traballador ó que se lle ofertase, partindo da certeza da improcedencia do seu despedimento, o aceptar unha indemnización inferior á legal a cambio de obter a inmediata entrega da comunicación escrita do despedimento ou a comparecencia e o recoñecemento desa improcedencia en conciliación administrativa, necesarias para acreditar, sen demora, a situación legal de desemprego e o acceso á correspondente prestación económica?

polo Real decreto-lei 5/2002 ían polo camiño contrario e estimulaban, por bonificalas, actuacións patronais contrarias ó ordenamento. Non animaban á empresa a actuar correctamente en materia de despedimento, senón que, no límite dos despropósitos, incentivaban ou premiaban actuacións arbitrarias, ilícitas, desviadas ou abusivas. En semellante estado de cousas, a reforma privábase de lexitimidade; non respondía ó valor da xustiza que debe guiar a elaboración de calquera norma. Sinaí anteriormente que se desanimaba ó traballador a atacar xudicialmente o despedimento de que tivese sido obxecto; pois ben, isto contrasta co feito de que, quizais sen sospeitalo o Goberno, se animaba á empresa, por non ter nada que perder (non ía pagar máis por moito tempo que transcorra ata a sentenza firme que declarara a improcedencia do despedimento), a forza-lo preito e a non conciliarse ante un despedimento que sospeitase que podía ser declarado improcedente e respecto ó que xa tivese decidido optar pola indemnización.

Os dous termos (readmisión e indemnización) da opción que abre a lei ante a declaración de improcedencia do despedimento obedecen á mesma causa e, polo tanto, explícase que deba procurarse conseguila maior equivalencia posible, no plano material, non puramente formal, entre o alcance de aqueles; noutro caso, a norma, lonxe de dar unha verdadeira opción, deixaría de ser neutral na configuración desta e pasaría a manifesta-la súa preferencia por un dos aludidos termos, cunha elección que forzaría ou favorecería polos efectos menos onerosos dos que lle son atribuídos. Podería darse así o caso de facerse irrisoria ou marxinal a elección do outro dos termos. Isto é, precisamente, o que creo que propiciaba ou provocaba, cando a opción lle correspondese á empresa, a supresión da percepción de salarios de tramitación no despedimento improcedente, que rompía, decididamente, a postulada equivalencia material de efectos, que non pode quedar ó capricho dos que ostentan potestade normativa. Ata o Real decreto-lei 5/2002, a equivalencia de que se trata quedaba reflectida nunha ecuación na que a indemnización máis o importe dos salarios de tramitación ou deixados de percibir por causa do despedimento ilícito, superior, con frecuencia, ó da primeira, eran igual á readmisión máis, novamente, os referidos salarios. A partir da entrada en vigor daquel, pasou a considerarse que para alcanza-lo valor desta segunda parte da ecuación era suficiente co pagamento da indemnización determinada de acordo co mesmo módulo que antes. A perda de incentivo experimentada na opción pola readmisión era moi importante, como tamén o era o fortalecemento da posición do empresario ante un despedimento improcedente.

Podía caerse e, de feito, membros do Goberno ou do partido no Goberno caeron na tentación de excusar ou xustificar publicamente os termos da nova ecuación no feito de que o pagamento da indemnización

pasaba a estar acompañado do da prestación económica por desemprego desde o mesmo momento da efectividade do despedimento (novas alíneas 1 e 4 do art. 208 LXSS). Sen embargo, o argumento perdía toda a súa forza ó introducirse no discurso a comparación: 1) dos distintos importes da prestación por desemprego e dos salarios de tramitación suprimidos, que debían calcularse tomando como referencia o salario percibido no momento do despedimento⁵ e, polo tanto, eran superiores, con carácter xeral, á contía da dita prestación⁶; e 2) do período de cobertura da inactividade provocada pola inxusta ou ilícita decisión do empresario, anteriormente moito maior, pois, ó final do correspondente ó pagamento dos salarios de tramitación, sometidos a cotización, con todo o que isto significaba co fin da xeración do dereito a futuras prestacións de Seguridade social, abríase o propio do abonamento da prestación por desemprego, determinación para a que era período de cotización computable, como non podía ser menos, o correspondente ós indicados salarios de tramitación (art. 3.3 Real decreto 625/1985, do 2 abril)⁷. A inactividade cuberta baixo a vixencia dos cambios introducidos polo Real decreto-lei 5/2002 era unicamente aquela á que alcanzasen as prestacións por desemprego para determinar en función do período de cotización acreditado na data de efectividade do despedimento, ás que se tería dereito, claro está, se nese momento o despedido reunise os requisitos esixidos, entre eles o período de carencia, o que non sempre acaecería.

Ó reduci-lo valor da opción pola indemnización en comparación co mantido na opción pola readmisión, a reforma facía de peor condición, ante o despedimento improcedente, sen causa algunha que o xustificase, ó traballador que perdera o seu emprego fronte a aquel outro que seguise na empresa por ter sido readmitido. Pero, ademais, a eliminación dos salarios de tramitación á que se vén facendo referencia presentaba, na súa configuración normativa, importantes cuestións, algunhas colaterais, non todas con solución ou resposta no Real decreto-lei 5/2002. Sobre esas e outras cuestións relacionadas cos cambios experimentados polo réxime xurídico do despedimento versa a exposición que segue.

⁵ Vid. J. GÁRATE CASTRO, *Los salarios de tramitación ...*, cit., páxs. 293 e seguintes.

⁶ De acordo co art. 211.2 LXSS, a referida contía «determinarase aplicándolle á base reguladora as seguintes porcentaxes: o 70 por 100 durante os cento oitenta primeiros días e o 60 por 100 a partir do día cento oitenta e un».

⁷ Sobre os salarios de tramitación e a percepción das prestacións por desemprego con anterioridade á reforma comentada, vid. J. GÁRATE CASTRO, *op. últ. cit.*, páxs. 274-279.

3. Exame comparado do contido da anterior reforma e da súa modificación pola Lei 45/2002

3.1. En relación cos efectos do despedimento en materia de seguridade social. Un breve apunte

Tanto a reforma do despedimento levada a cabo polo Real decreto-lei 5/2002 como a súa substancial modificación pola Lei 45/2002 proxéc-tanse, ademais de sobre os aspectos *laborais* daquel, sobre os seus complexos efectos en materia de *Seguridade social* (acceso á protección por desemprego e cotización). Coa entrada en vigor do Real decreto-lei 5/2002, estes últimos experimentaron directamente cambios, dentro da LXSS, a través de: 1) a modificación do art. 208.1,1.c); 2) a incorporación das alíneas 4 e 5 do art. 209; 3) a incorporación da nova alínea 1.e) e a modificación da alínea 3.b), ambas do art. 212; 4) o parágrafo segundo da regra segunda da modificada alínea 3 do art. 215; e 5) a nova letra g) do art. 230. Dentro do ET, a través do parágrafo primeiro da alínea 2 e a alínea 3 da nova versión do art. 57, que constituían reiteración, innecesaria, do disposto na xa citada alínea 5 do art. 209 LXSS, ó que podería terse realizado, sen máis, unha remisión. Coa Lei 45/2002, os cambios nos ditos efectos do despedimento sobre as relacións de Seguridade social materialízanse, dentro da LXSS e en comparación tanto coa situación anterior ó Real decreto-lei 5/2002 coma coa creada coa reforma realizada por este, en: 1) o art. 208.1,1.c), cunha redacción que permaneceu sen modificación respecto á dada polo referido texto legal; 2) as alíneas 4 e 5 do art. 209, que experimentan importantes cambios respecto á redacción que tomaron co Real decreto-lei 5/2002, así como a nova alínea 6 deste artigo; 3) as alíneas 1.e) e 3.b) do art. 212, o primeiro sen variación respecto á redacción dada polo Real decreto-lei 5/2002; o segundo modificado levemente para facer referencia á incidencia sobre o reinicio da protección por desemprego do período de vacacións percibido e non gozado ó termo do contrato que determinara a suspensión da prestación ou do subsidio; 4) o substancialmente modificado parágrafo segundo da regra segunda da alínea 3 do art. 215 (a indemnización legal por extinción do contrato deixa de te-la consideración de renda para os efectos do requisito de carencia de rendas do que pode depende-lo subsidio asistencial por desemprego); e 5) a igualmente modificada letra g) do art. 230. Dentro do ET, o único precepto relacionado directamente coas repercusións do despedimento sobre a Seguridade social é o novo art. 57.2, que pasa a ter igual contido que antes da reforma levada a cabo polo Real decreto-lei 5/2002. Dentro da LPL, ha de terse en conta, en relación coa situación que existía antes deste, a alínea 4 incorporada ó art. 295.

En fin, tráense tamén a colación aquí os cambios experimentados pola acreditación da situación legal de desemprego derivada do despedi-

mento, da que se ocupou directamente a disposición transitoria segunda do Real decreto-lei 5/2002 e sobre a que volve tratar, reformando substancialmente a forma de levala a cabo, igual precepto da Lei 45/2002.

A) *Despedimento e Seguridade social tralo Real decreto-lei 5/2002*

Probablemente, a novidade máis relevante en materia de Seguridade social introducida polo Real decreto-lei 5/2002 foi a previsión de que a decisión empresarial de despedir orixina, por si mesma, medie ou non a súa impugnación, a situación legal de desemprego e que o exercicio da acción contra o despedimento non impediría que se producira «o nacemento do dereito á prestación» (nova alínea 4 do art. 209 LXSS)⁸. Dentro da estrutura da reforma realizada polo dito Real decreto-lei, o anterior correspondíase, no plano *laboral*, coa supresión da percepción de salarios de tramitación para o caso de impugnación que culminase coa declaración xudicial ou recoñecemento patronal, en conciliación (administrativa ou xudicial) da improcedencia do despedimento (art. 56.1 ET, na nova redacción dada polo Real decreto-lei); pero tamén, no plano da *Seguridade social*, e por razón do dereito do traballador a obter entón os salarios de tramitación ou «deixados de percibir», coas previsións do que pasou a ser alínea 5 do art. 209 LXSS, segundo o que, cando a impugnación do despedimento levase ou debera levar (despedimento nulo e despedimento improcedente de traballador aforado que optase pola readmisión; art. 280.1 LPL. Probablemente, tamén despedimento improcedente de traballador non aforado que optase pola readmisión facendo uso da facultade outorgada ó respecto por convenio colectivo) á readmisión do despedido, as cantidades percibidas en concepto de prestacións por desemprego, froito da referida orixe da correspondente situación de desemprego, consideraríanse *indebidas* por causa non imputable a aquel e producirían os efectos que o propio precepto sinalaba⁹. Reiteraba as previsións ás que acabo de facer referencia, como xa sinaléi, o que pasaba a ser nova alínea 2 do art. 57 ET («efectos da readmisión»).

⁸ Téñase en conta, sen embargo, que, igual que trala Lei 45/2002, se no momento do despedimento o traballador aínda tivese pendente de gozar días de vacacións, a situación legal de desemprego non xurdiría ata o último deses días (novo art. 209.3 LXSS).

⁹ «En tal caso, a entidade xestora cesará no aboamento das prestacións por desemprego e reclamará as cotizacións á Seguridade social efectuadas. O empresario deberá ingresarlle á entidade xestora as cantidades percibidas polo traballador, deducíndoas dos salarios deixados de percibir que corresponderan segundo o establecido na alínea 57.1 da Lei do estatuto dos traballadores, co límite da suma de tales salarios» [o precepto concordaba coa regra introducida no art. 230.g) LXSS]. Para o moi improbable suposto de que estes excederan do percibido en concepto de prestacións por desemprego, dispuña o precepto que a diferenza lle sería reclamada ó traballador, o que tería lugar a través do procedemento que contén o art. 33, Real decreto 625/1985.

Mantívose a obriga patronal de cotizar polos salarios de tramitación¹⁰, nos casos, claro está, en que seguía procedendo o pagamento destes. Non podía tomarse doutra forma a nova regra incorporada ó parágrafo último da alínea 5 do art. 209 LXSS e á alínea 3 do art. 57 ET, relativa á obriga do empresario de cotizar desde a data do despedimento e polo período cuberto polos salarios de tramitación cando tivese lugar ou debiera producirse a readmisión (sobreenténdese que a base de cotización estaría constituída por tales salarios). Esa obriga, á parte de pasar a figurar incluída de forma expresa nunha disposición con rango de lei, quedou felizmente completada, eliminándose calquera dúbida que puidera existir, con algo que doutrina e xurisprudencia xa viñan admitindo: que a cotización contemplada ha de considerarse que o é a tódolos efectos¹¹. Téñase en conta, ademais, que a readmisión transforma en ineficaz a baixa na Seguridade social cursada no seu momento pola empresa, polo que se comprende que debiera procederse a solicita-la alta (máis ben a continuidade da situación de alta ou a deixar sen efectos a baixa) con efectos desde a data do despedimento e polo período cuberto polos salarios de tramitación (se se prefire, os «deixados de percibir»)¹². De acordo cos preceptos ultimamente citados, sempre que se producira ou debiera producirse (art. 280.1 LPL) a readmisión, o empresario habería de insta-la alta do traballador na Seguridade social «con efectos desde a data do despedimento» e cotizar «por ese período», que se consideraría «como de ocupación cotizada para tódolos efectos».

Noutra orde de cousas, establecía a disposición transitoria segunda do Real decreto-lei 5/2002 que a situación legal de desemprego xerada polo despedimento acreditaríase, mentres non se desenvolvera regulamentariamente o art. 208 LXSS, ben mediante a notificación escrita do despedimento ó que se refire o art. 55.1 ET (a coñecida como carta de despedimento), ben por medio da presentación da acta de conciliación

¹⁰ Sobre as orixes e o desenvolvemento da regulación da indicada obriga vid. J. GÁRATE CASTRO, *op. últ. cit.*, páxs. 68-70. ¿Estendese a obriga á cotización por riscos profesionais?

¹¹ Por exemplo, para cubri-los períodos mínimos de cotización esixibles para o acceso ó goce de determinadas prestacións, para establece-lo período de aboamento da prestación por desemprego ou para fixa-la base reguladora dunha concreta prestación ou a porcentaxe que se deba aplicar sobre a dita base reguladora para obter-lo importe da pensión de xubilación. Con anterioridade, a única previsión normativa relativa ás consecuencias que producía a cotización por salarios de tramitación encontrábase no regulamento de prestacións por desemprego, aprobado por Real decreto 625/1985, do 2 abril, onde o art. 3.3 dispón o cómputo das cotizacións por salarios de tramitación para efectos da determinación do período de ocupación cotizada do que depende a duración da prestación contributiva de desemprego.

¹² Así, xa con anterioridade á reforma de 1994, J. GÁRATE CASTRO, *op. últ. cit.*, páxs. 74-77.

administrativa ou xudicial ou da resolución xudicial declaratoria da procedencia ou improcedencia daquel acompañada, neste segundo caso, da acreditación de que a empresa ou o propio despedido, se se tratase dun traballador aforado, non tería optado pola readmisión. Certamente, se a decisión patronal de despedir pasaba a orixinar, por si mesma, sen necesidade da súa impugnación, a situación legal de desemprego (nova alínea 4 do art. 209 LXSS), debía admitirse que a acreditación desta puidera realizarse a través da simple presentación da comunicación escrita do despedimento; sen embargo, non se resolvían satisfactoriamente os problemas suscitados, desde o punto de vista da referida acreditación, polo despedimento *tácito*¹³. A supresión da percepción de salarios de tramitación en calquera despedimento improcedente, incluídos entre eles, pois, os derivados da inobservancia dos requisitos formais, podía incentivar situacións onde a empresa dificultara ou imposibilitase ó traballador, acudindo ó dito despedimento tácito, o conseguir con prontitude ingresos (prestación por desemprego) para facer fronte a necesidades de cobertura inaprazable, forzándoo, ademais, a acudir ó proceso para obter unha sentenza que declarase a improcedencia do seu despedimento e que servira de medio de acreditación da situación legal de desemprego e para poder acceder finalmente, con efectos retroactivos [art. 209.5.a), parágrafo primeiro, LXSS], pero máis tarde do que tería sucedido de ter mediado comunicación escrita, á correspondente prestación económica. Con anterioridade, a falta de comunicación escrita do despedimento supuña para a empresa, cando menos, a consecuencia de ter que afrontar-lo pagamento de salarios de tramitación, o que, certamente, servía para estimular a observancia daquela; coa reforma do ET que agora se comenta, nos casos –os máis frecuentes– de despedimentos improcedentes sen opción pola readmisión, a eliminación desa consecuencia, á parte de favorecer-la inobservancia da comunicación escrita, facilitaba o que esta puidese chegar a xogar, paradoxicamente, como un instrumento utilizable polo empresario para forzar ó traballador a admitir, a cambio da súa entrega, unha rebaixa nas condicións económicas da súa inxusta saída da empresa, xa reducidas á mínima expresión –supresión dos salarios de tramitación– pola norma estatal. Para impedir situacións como a indicada facíase necesario, cando menos, a tipificación da falta de entrega da comunicación escrita do despedimento como infracción administrativa moi grave.

En fin, dos efectos que produce sobre a percepción da prestación por desemprego a execución provisional da sentenza de despedimento, nos supostos do art. 295 LPL, ocupouse o novo art. 212.1.e) LXSS, que preveu

¹³ Sobre o mesmo, amplamente, J. CABEZA PEREIRO: «El despido tácito», REDT, 1994, número 64.

a suspensión da dita prestación, cun reinicio que, se chegara a proceder, tería lugar na forma establecida polo novo art. 212.3.b) de igual texto legal.

B) Modificacións levadas a cabo pola Lei 45/2002

O art. 209.4 LXSS segue dispoñendo que a decisión empresarial de despedir «entenderase, por si mesma e sen necesidade de impugnación, como causa de situación legal de desemprego» e que «o exercicio da acción contra o despedimento ou extinción non impedirá que se produza o nacemento do dereito á prestación». Sen embargo, a toma en consideración da incompatibilidade entre as prestacións por desemprego e o posible dereito á percepción de salarios de tramitación, restablecidos alí onde a reforma do Real decreto-lei 5/2002 os suprimira (despedimento improcedente con opción pola indemnización), explica que se vise oportuno o intercalar entre as dúas regras transcritas, sen moita fortuna en canto ós termos empregados, que «o nacemento do dereito ás prestacións» producírase, no seu caso, unha vez transcorrido o período correspondente ós salarios de tramitación, que «deberá constar no certificado de empresa para estes efectos». O sentido da nova regra descóbrese, principalmente, nos supostos de despedimento improcedente nos que medie opción pola indemnización acompañada dunha percepción total ou parcial (novo art. 56.2 ET) de salarios de tramitación. En calquera caso, entendo que máis que de postergación do «nacemento do dereito ás prestacións» debería terse feito referencia a unha perda de efectos do posible previo nacemento ou recoñecemento destas, por devir indebidas, e a un eventual novo nacemento con efectos desde o día seguinte ó último cuberto polos salarios de tramitación.

Concordan tamén co restablecemento do dereito ós salarios de tramitación nos despedimentos improcedentes con opción pola indemnización os cambios substanciais introducidos na letra a) da alínea 5 do mesmo art. 209, dirixidos a acomoda-lo dereito ó goce das prestacións por desemprego a unha solución que vai variar, sempre que o despedimento improcedente culmine coa referida opción pola indemnización, segundo que o traballador teña ou non dereito a salarios de tramitación. No primeiro caso, a incompatibilidade entre os salarios de tramitación e a percepción das prestacións por desemprego, da que dá conta expresa a nova alínea 4 do artigo, conduce a dispoñer que o traballador, ademais de ter que «acredita-lo período que lles corresponde ós salarios de tramitación», só poderá percibir tales prestacións «dende a data en que finalice a obriga do aboamento dos ditos salarios» e, se xa estivese percibíndoas (sobrenténdese que ó producirse a opción pola indemnización)¹⁴, re-

¹⁴ Isto resulta posible porque, segundo se indicou (art. 209.4 LXSS), aínda que «o nacemento do dereito ás prestacións producírase unha vez transcorrido» o período

putaranse «indebidas», podendo «volver a percibilas con efectos desde a data» xa sinalada, nas condicións que o propio precepto precisa¹⁵. No segundo caso –inexistencia de salarios de tramitación (o lexislador está pensando, sen dúbida, entre outras posibles situacións, naquelas en que non se ten dereito ós referidos salarios de acordo coas previsións do novo art. 56.2 ET)–, o traballador «continuará percibindo as prestacións por desemprego ou, se non as estivese percibindo, comezará a percibilas con efectos desde a data do cesamento efectivo no traballo».

Para os casos en que o dereito ós salarios de tramitación figure acompañado da readmisión, as regras tendentes a acomoda-lo goce das prestacións por desemprego á percepción daqueles, contidas na letra b) da alínea 5 do art. 209 LXSS, unicamente experimentan unha leve modificación, consistente na precisión de que a reclamación das cotizacións á Seguridade social efectuadas polas prestacións por desemprego gozadas ata a readmisión e consideradas tras esta indebidas por causa non imputable ó traballador, dirixiralla a entidade xestora á Tesourería Xeral da Seguridade Social¹⁶. Por último, tamén dentro do art. 209.5 LXSS, sofre un cambio de localización [pasa do parágrafo segundo da letra a) á que é nova letra c)], pero non de contido, a regra de axuste das prestacións por desemprego á obtención de salarios de tramitación nos supostos de incumprimento ou imposibilidade da readmisión (arts. 279.2 e 284 LPL, respectivamente). Segue concordando co art. 209.5.b) LXSS o art. 230.g) de igual texto legal, que inclúe agora tamén a obriga da empresa de comunicarlle á entidade xestora a readmisión do traballador despedido no prazo de cinco días desde que se produza, o que servirá para controla-lo cumprimento da obriga daquela de ingresar, cando deba producirse a dita readmisión, as cantidades percibidas indebidamente polo traballador en concepto de presentacións por desemprego, as cales continúa estando autorizada a deducir dos salarios de tramitación.

Respecto a cómo quedan as restantes modificacións que indiquei que introduciu o Real decreto-lei 5/2002:

1) Séguese dispoñendo expresamente a obriga empresarial de cotizar polos salarios de tramitación, con independencia de que procedan dun

cuberto polos salarios de tramitación, «o exercicio da acción contra o despedimento ou extinción non impedirá que se produza o nacemento do dereito á prestación».

¹⁵ «Trala regularización pola entidade xestora do dereito inicialmente recoñecido, reclamando á Tesourería Xeral da Seguridade social as cotizacións efectuadas durante a percepción das prestacións e efectuando a compensación correspondente polas prestacións indebidamente percibidas, ou ben reclamándolle o seu importe ó traballador».

¹⁶ A precisión é igual á que contén a letra a) de igual alínea e artigo, en relación coas prestacións por desemprego cun carácter indebido que sobreveña coa declaración de improcedencia do despedimento e a opción pola indemnización (vid. nota anterior).

despedimento improcedente ou nulo ou, se se prefire, que culmine na readmisión ou no aboamento dunha indemnización; que o período cuberto por aqueles «se considerará como de ocupación cotizada a tódolos efectos» e que o empresario deberá insta-la alta do traballador na Seguridade social polo dito período. Para os supostos de despedimentos seguidos da readmisión, as indicadas previsións seguen figurando no art. 209.5.b), parágrafo último, LXSS. Para os casos de despedimentos que conclúan no pagamento dunha indemnización, a regra equivalente é a da nova alínea 6 do dito artigo («o empresario deberá insta-la alta e a baixa do traballador na Seguridade social»), que, aínda que aparece remitida, sen máis, ós «supostos ós que se refire o artigo 56 do Estatuto dos Traballadores», debe ser obxecto dunha interpretación que leve a aplicala, segundo permite concluí-la indicación de que tamén se ha de insta-la «baixa», dun lado, ó despedimento improcedente con opción pola indemnización; e, de outro, a pesar da remisión feita á letra b) pola letra c) do art. 209.5 LXSS, tanto ó incumprimento coma á imposibilidade de readmitir que contemplan, respectivamente, os arts. 279.2 e 284 LPL.

2) Mantense a regulación dos efectos que produce sobre a percepción da prestación por desemprego a execución provisional da sentenza que declare a improcedencia ou nulidade do despedimento, nos tres supostos do art. 295 LPL: suspensión da dita prestación e posible reinicio se concorren as condicións previstas para o efecto [art. 212.1.e) e 3.b) LXSS]. A única novidade, pouco ou nada relevante, é a que representa a reiteración da dita suspensión na alínea 4 que se lle engade ó art. 295 LPL, que dispón que nos aludidos supostos «suspenderase o dereito á prestación por desemprego nos termos previstos na Lei xeral da Seguridade social», que non son outros que os que figuran no art. 212.1.e) deste texto legal, cunha redacción vixente que coincide, insisto, coa que lle deu o Real decreto-lei 5/2002. Repárese en que, aínda incluído nun texto legal de natureza predominantemente adxectiva ou procedemental, o citado art. 295.4 LPL posúe natureza substantiva.

E 3) tómase consciencia das dificultades que pode te-lo traballador para acredita-la situación de desemprego e acceder, sen demora, á correspondente protección nos supostos en que medie un despedimento *tácito*. Fronte á situación anterior (disposición transitoria segunda Real decreto-lei 5/2002), que forzaba, a falta de notificación escrita do despedimento, para promove-lo acto de conciliación ou proceso para obter unha acta ou unha sentenza, respectivamente, que declara a existencia daquel (suscitábase a dúbida de se era suficiente con que a acta do acto de conciliación deixara constancia da frustración do intento desta por incomparecencia da empresa), establece agora (disposición transitoria segunda Lei 45/2002), tamén mentres non se desenvolva regulamentariamente o art. 208 LXSS, que a situación de desemprego pode igualmente accredi-

tarse, se non existe notificación escrita nin «certificado de empresa» en que conste o despedimento e a data dos seus efectos, por medio de informe da Inspección de Traballo e Seguridade Social dando conta destes extremos ou «acta de conciliación administrativa na que conste que o traballador impugna o despedimento e o empresario non comparece».

3.2. En relación cos aspectos laborais do despedimento

A) Alcance da reforma do Estatuto dos Traballadores levada a cabo polo Real decreto-lei 5/2002

No plano estrictamente laboral, aínda que as modificacións do réxime xurídico do despedimento introducidas polo art. 2 do Real decreto-lei 5/2002 cinguíronse a determinados preceptos do ET, tamén resultaban afectados os preceptos da LPL que concordaban con eles (por exemplo, os artigos 109, 110.1, 113, 116 ou 123), que deberan someterse convenientemente a unha nova redacción. En concreto, experimentaron directamente cambios de desigual intensidade e consecuencias os artigos 33.1, 55.6 e 7, 56.1 e 2 e 57 ET; ademais, debe terse en conta que tales cambios provocaban indirectamente efectos, á parte de sobre as propias materias afectadas por eles, sobre as reguladas por outros preceptos que non sufriron modificación, podéndose traer a colación, por exemplo, a repercusión que podía ter sobre a comunicación escrita do despedimento (art. 55.1 ET) a supresión das percepcións dos salarios de tramitación no despedimento improcedente indemnizado¹⁷. Quero con isto chama-la atención sobre que a reforma era moito máis complexa e de máis calado do que formalmente puidera parecer. Sexa como for, os salarios de tramitación constituíron, claramente, o eixe da dita reforma, como o acredita o feito de que estivesen presentes, sen excepción, nos cambios introducidos en tódolos preceptos do ET antes relacionados, que serán obxecto de comentario máis ou menos extenso en función da transcendencia das modificacións que incorporaron. Sen dúbida, a principal e máis grave, por regresiva, modificación, non xa do réxime xurídico dos salarios de tramitación, senón do despedimento, era a indicada supresión da percepción daqueles nos casos de despedimentos improcedentes que non estiveran seguidos da opción pola readmisión; sobre esa novidade xira a crítica realizada *supra*, alínea 1. Non foi a anterior, sen embargo, a única modificación que sufriron, como se comprobará, os salarios de tramitación.

¹⁷ Vid. *supra*, alínea III, 1, A).

a) Alínea 1 do artigo 33 ET. No fondo, a cuestión da natureza xurídica dos salarios de tramitación

Polo que respecta ó despedimento, o cambio produciuse, non no parágrafo primeiro do precepto, que se limitou a substituí-la referencia ó Ministerio de Traballo e Seguridade Social pola do Ministerio de Traballo e Asuntos Sociais, senón no parágrafo segundo, en que se suprimiu a precisión anterior segundo a que, a efectos da responsabilidade subsidiaria do Fondo de Garantía Salarial para o pagamento do salario, merecía a consideración de tal «a indemnización complementaria por salarios de tramitación» que puidera ter acordado «a xurisdicción competente», o que comportaba o recoñecemento, polo menos formal, da natureza salarial destes¹⁸.

A impresión que se obtén ó le-lo novo parágrafo é a de que o Fondo de Garantía Salarial deixaba de responder dos salarios de tramitación nos supostos en que subsistía a súa percepción (despedimento nulo e despedimento improcedente con opción pola readmisión), reducíndose en igual medida o ámbito material do aseguramento que tiña encomendado *ex lege* aquel. Así as cousas, o despedimento ó que se lle deberan aboar salarios de tramitación tería que asumir-lo risco de non poder cobralos, en todo ou en parte, cando a empresa obrigada se encontrase en situación de insolvencia, suspensión de pagamentos, quebra ou concurso de acredores, podéndose da-lo caso de que o único crédito impago derivado do contrato de traballo fose, precisamente, o constituído polos referidos salarios, o que conduciría a unha situación que non parece compatible cos obxectivos da Directiva 80/987/CEE, de 20 outubro 1980, do Consello, sobre aproximación das lexislacións dos estados membros relativas á protección dos traballadores asalariados en caso de insolvencia do empresario.

Puidera pensarse que a medida tiña a súa explicación no feito de parti-lo Goberno en funcións de lexislador de que o traballador accedía desde o momento do despedimento ás prestacións por desemprego e que o percibido por tal concepto se consolidaba definitivamente, pero transformado en cantidades a conta dos salarios de tramitación, cando se producise ou debiera producirse a readmisión e a empresa quedaba obrigada a reintegrarlle á entidade xestora a cantidade daquelas, deducible do debido por tales salarios (nova alínea 5 do art. 209 LXSS), ingresados xa no patrimonio do traballador na forma exposta. Sen embargo, non cabe pasar por alto: 1) que a débeda por estes sería, normalmente, superior á cantidade de prestación por desemprego recibida, principalmente pola máis elevada base de cálculo da primeira, pero tamén pola

¹⁸ Sobre a referida responsabilidade do Fondo de Garantía Salarial vid. J. GÁRATE CASTRO, *op. ult. cit.*, páxs. 358-371.

posibilidade de que o período cuberto polo segundo resultara inferior ó da percepción dos salarios de tramitación; 2) que, de mediar un despedimento tácito o despedimento, aínda que fora ou debiera ser posteriormente readmitido, non podería acreditar a situación legal de desemprego nin obtido, en consecuencia, a protección por esta continxencia¹⁹; e 3) que podía suceder moi ben que o despedimento non reunise o período mínimo de cotización necesario para acceder á protección por desemprego. En suma, o risco de que se producise un impago dos salarios de tramitación era real e non constituía una mera posibilidade teórica.

Xa que non se descubría ningunha razón que xustificase suficientemente a exención da responsabilidade do Fondo de Garantía Salarial en relación co pagamento dos salarios de tramitación ou deixados de percibir, debe indagarse se o novo art. 33.1 ET admitía outra interpretación distinta da exposta, que afastara a sospeita da súa incompatibilidade coas esixencias da Directiva 80/987/CEE e casara mellor co que se quería que fosen os salarios de tramitación no novo réxime ó que se lles sometía. Actuando da forma indicada, pódese chegar a advertir que subxacía neste a idea de que o despedimento que culminase ou debiera culminar coa readmisión do traballador quedaba privado retroactivamente (desde a súa data; *ex tunc*) de eficacia e, polo tanto, ó terse que entender que a execución do contrato continuou como se aquel non chegara a producirse, habería de presumirse prestada a actividade no período comprendido entre este e a readmisión²⁰. A semellante subsistencia do contrato obedecería a percepción dos salarios de tramitación («deixados de percibir», na expresión que pasaba a empregar de forma exclusiva a norma estatal), que adquirirían así a natureza de verdadeiros salarios no sentido do art. 26.1 ET posto en relación co art. 30 de igual texto legal. Avala o anterior, ademais da preocupación por despegar calquera dúbida sobre a necesidade de cotizar polos indicados salarios e de instar a alta do traballador con efectos desde a data do despedimento [novos arts. 209.5.b), parágrafo último, LXSS e 57.3 ET], o que dispoñía a nova alínea 1 do art. 56 ET, segundo o cal «o aboamento da indemnización» determinaría «a extinción do contrato de traballo», que se entendería producida «na data do cesamento efectivo no traballo», o que significa, *a sensu contrario*, que a readmisión non orixinaba semellante efecto. Unicamente o despedimento procedente e o improcedente indemnizado validaban (arts. 55.7 e 56.1 ET), no segundo caso, ó meu xuízo, indebidamente ou sen razón xurídica convincente (insisto en que o dereito pide que o despedimento

¹⁹ Cfr. *supra*, alínea III, 1, A).

²⁰ Sobre este tipo de consideracións, con recepción ampla na doutrina e xurisprudencia anterior, vid. J. GÁRATE CASTRO, *op. últ. cit.*, páxs. 55-60.

ilícito, sexa improcedente ou nulo, non produza, no peor dos casos, efectos *ex tunc*, senón, todo o máis, *ex nunc* e a cambio de compensar suficientemente ó traballador afectado), a extinción do contrato decidida unilateralmente pola empresa.

Seguindo polo camiño que acaba de trazarse, isto é, ó se-los salarios de tramitación verdadeiros salarios, apréciase que deixaba de ser necesaria, por declarativa, a indicación de que se consideraban incluídos como tales na cobertura que dispensa o Fondo de Garantía Salarial e que era posible postular que quedaban comprendidos dentro da referencia ó concepto de salario contida no art. 33.1 ET, coa novidade de que xa non se requiriría en todo caso, como sucedía na versión anterior do precepto²¹, a súa fixación por resolución xudicial e resultaría tamén admisible a efectuada en conciliación (administrativa ou *apud iudicem*). O debate sobre a natureza xurídica dos salarios de tramitación debía abrirse outra vez á vista dos novos elementos achegados pola reforma do réxime do despedimento que agora se comenta. Os tribunais laborais e, á fronte deles, a Sala do Social do Tribunal Supremo, responsable de impor na xurisprudencia un criterio contrario á natureza salarial dos salarios deixados de percibir co tipo de decisións que aparece, entre outras, nas súas sentencias do 14 xuño 1998²² e 28 abril e 9 decembro de 1999²³, todas dictadas en casación para a unificación de doutrina, terían unha nova e boa oportunidade de revisa-la súa posición na materia ó fio, precisamente, de determinar se debía entenderse que subsistía, na forma indicada, a responsabilidade subsidiaria do Fondo de Garantía Salarial respecto ó pagamento daqueles.

b) Alíneas 6 e 7 do artigo 55 ET. Efectos do despedimento nulo e do despedimento procedente

O efecto principal do despedimento nulo seguía sendo a readmisión do traballador, de maneira que, neste punto, ningunha novidade introduce a reforma. O art. 55.6 ET continuaba dispoñendo, igual que antes, que o despedimento nulo tería «o efecto da readmisión inmediata do traballador»; o cambio producíase en relación coa previsión da percepción dos salarios de tramitación. Se antes se indicaba unicamente que a readmisión ía acompañada do «aboamento dos salarios deixados de percibir», agora pasaba a indicarse que o traballador «terá dereito» a eles «nos termos previstos no artigo 57 desta lei», ós que logo se fará referen-

²¹ Lémbrese que se facía referencia nela ós salarios de tramitación «que no seu caso acorde a xurisdicción competente». Cfr. J. GÁRATE CASTRO, *op. ult. cit.*, páx. 359.

²² Ar. 8544.

²³ Ar. 4648 e 9718, respectivamente.

cia. A consecuencia de semellante remisión non era outra que a suxeición da percepción dos salarios de tramitación ás mesmas regras, con independencia da súa orixe nun despedimento nulo ou un despedimento improcedente con readmisión, o cal, en honor á verdade, era tecnicamente máis correcto.

Respecto ó despedimento procedente, seguíase establecendo que *validaría* a extinción do contrato de traballo producida con el; a diferenza radicaba en que antes se engadía que a extinción se producía «sen dereito a indemnización nin a salarios de tramitación», mentres que coa reforma agora comentada unicamente se sinalaba que a extinción era «sen dereito a indemnización». Preferiuse suprimir esa mención á falta de percepción de salarios de tramitación tendo en conta que estes aparecían agora limitados pola lei a situacións de readmisión do despedimento; senón había readmisión e, ademais, a extinción quedaba validada desde que se producira, devíña innecesaria calquera indicación de que non se tiña dereito ós salarios de tramitación ou deixados de percibir. Con todo, a modificación non deixaba de ter transcendencia na medida en que permitía deducir que non había validación da extinción cando se producise ou debiera producirse a readmisión do despedimento e que nisto residía o fundamento da percepción dos salarios «deixados de percibir» e da súa natureza salarial.

c) Alíneas 1 e 2 do artigo 56 ET. Efectos do despedimento improcedente

Ámbalas alíneas incorporaban a modificación máis importante e rexeitable das introducidas na regulación do despedimento. Ante a improcedencia do despedimento, mantíñase a opción [do empresario ou do propio despedimento, se fose traballador aforado (art. 56.4 ET, non modificado) ou tamén, aínda que non se dixera, se non o fose, cando o convenio colectivo lle atribuíse o correspondente dereito a el, entre a readmisión ou o aboamento dunha indemnización; a gran diferenza residía en que antes calquera desas alternativas ía acompañada do pagamento dos salarios de tramitación e agora estes só se concederían no caso de que se elixise a readmisión, recoñecéndose o dereito a eles, igual que no caso do despedimento nulo (art. 55.6 ET), «nos termos previstos no artigo 57 desta lei».

Con independencia do sentido da posterior opción, seguía sendo obrigado (so pena de nulidade de actuacións) que a sentenza que declarara a improcedencia do despedimento fixase xa o importe dos conceptos económicos comprendidos en cada un dos dous extremos daquela, é dicir, tanto o da indemnización como o dos salarios de tramitación que haberían de ser aboados de ser elixida pola readmisión. O que pasaba a ser art. 56.2, parágrafo último, ET, que impuña ese contido á sentenza,

acomodaba a regra equivalente que figuraba na alínea 1 da súa versión anterior á nova situación en que se deixaban de percibir os referidos salarios en caso de aparecer elixida a indemnización. Tamén se continuaba dispoñendo que a opción entre a indemnización ou a readmisión debía producirse dentro dos cinco días seguintes ó da notificación da sentenza que declarara a improcedencia do despedimento; sen embargo, igual que antes da reforma, a previsión legal dalgún modo impedía que aquela puidera igualmente realizarse no trámite de conciliación, coincidindo co recoñecemento nel da dita improcedencia.

Se se optase pola indemnización (ou só esta coubese, por ter acaecido tralo despedimento unha causa que provocara a extinción regular do contrato), esta levaba consigo, segundo determinaba o novo art. 56.1 ET, a extinción do contrato de traballo, que se entendería producida «na data do cesamento efectivo no traballo», o que xa sinala que non comparto²⁴, por considerar que o apropiado é que tales efectos se produzan *ex nunc*, desde a elección da indemnización (ou desde o acaecemento da aludida causa sobrevida de extinción). Eliminábanse entón, en coherencia, os salarios de tramitación, pero non se modificaba (á alza) o importe da indemnización, que continuaba calculándose a razón de «corenta e cinco días de salario, por ano de servizo, rateándose por meses os períodos de tempo inferiores a un ano [e] ata un máximo de corenta e dúas mensualidades» (novo art. 56.2, parágrafo segundo, ET)²⁵. En calquera caso, debe quedar claro que esa supresión da obriga de aboar os salarios de tramitación non impedía que puidera pactarse, individual ou colectivamente, o pagamento dunha cantidade equivalente a eles, pois os preceptos que establecen as consecuencias económicas de calquera tipo de despedimento son de dereito necesario relativo, polo que cabe a súa mellora por contrato de traballo ou convenio colectivo. Agora ben, de pactarse o referido pagamento, o entregado non admitiría outra consideración que a de constituír unha indemnización adicional á legal, pois coa opción pola indemnización o contrato considerábase extinguido, segundo se indicou, «na data do cesamento efectivo no traballo», regra esta que si era de dereito necesario absoluto. Ademais, non producirían os efectos en materia de Seguridade social previstos nos que eran novas alíneas 2 e 3 do art. 57 ET, reservados para os salarios de tramitación típicos, isto é, para os que debían satisfacerse cando se elixira ou debiera producirse a readmisión.

²⁴ Vid. *supra*, alíneas II e III, 2, A),a), *in fine*.

²⁵ Crítico este feito *supra*, alínea II.

d) Artigo 57 ET. «Efectos da readmisión». A cuestión da responsabilidade do Estado nos casos de sentencia que declarara tardamente a improcedencia do despedimento

Baixo a rúbrica «efectos da readmisión», o artigo agora comentado non contemplaba outra cousa que os principais (non todos) termos e consecuencias da percepción dos salarios de tramitación que operaba cando se estivese ante un despedimento nulo ou un despedimento improcedente con opción pola readmisión. Trátase, pois, dun precepto que complementaba o disposto en relación con eses salarios polos dous artigos precedentes, que, lémbrese, remitíanlles o dereito ós termos sinalados «no artigo 57 desta lei».

Establecía a alínea 1 do artigo que o importe dos referidos salarios debía ser fixado pola propia sentencia que declarase a nulidade ou improcedencia da que trouxera causa a readmisión, o cal, no suposto do despedimento improcedente, constituía unha reiteración do que se prevía no parágrafo último do tamén modificado art. 56.2 ET. Por outra parte, aínda que se indicaba que aqueles comprenderían os deixados de percibir «desde a data do despedimento ata a notificación da sentencia», debe terse en conta: 1) que o precepto se estaba referindo unicamente ós salarios deixados de percibir durante a fase de cognición, polo que habería que engadírlle-las percepcións desde a notificación da sentencia ata a readmisión froito do cumprimento voluntario do fallo²⁶ ou ata o auto que puidera declarar extinguido o contrato por incumprimento da readmisión [art. 279.2.c) LPL] ou imposibilidade de levala a efecto (art. 284 LPL). E 2) que no caso concreto podían concorrer circunstancias que diminuísen o período de percepción normalmente computable²⁷, ás que, se invocadas e probadas, tería que atender oportunamente a dita sentencia. Entre tales circunstancias figura, sen ánimo exhaustivo, a presenza dunha causa determinante da suspensión do contrato no momento do despedimento ou unha extinción sobrevida e eficaz producida por outra

²⁶ Así, expresamente, en relación co despedimento improcedente con opción patronal pola readmisión, art. 276 LPL. No caso do despedimento nulo ou improcedente con opción do traballador pola readmisión, os salarios correspondentes ó indicado período de tempo resultan garantidos (antes e durante a vixencia do réxime xurídico do despedimento instaurado coa reforma realizada polo Real decreto-lei 5/2002; pero tamén agora, tralos cambios introducidos pola Lei 45/2002) tanto pola facultade que ten o despedido de solicitarlle ó xuíz a adopción das medidas que lle permitan percibi-lo salario ata a readmisión (art. 280.2, en relación co art. 282, ambos da LPL) como pola aplicación analóxica do citado art. 276 LPL, que lle impón ó empresario, ó cumpra-la readmisión elixida por el en despedimento improcedente, o pagamento dos «salarios percibidos desde a fecha de notificación da sentencia ... ata aquela en que teña lugar a readmisión».

²⁷ Vid. J. GÁRATE CASTRO, *op. ult. cit.*, páxs. 175 e seguintes.

causa; pero tamén a percepción de ingresos por colocación noutra empresa con posterioridade a aquel. A esta última circunstancia referíase, precisamente, o parágrafo segundo do que pasou a ser novo art. 57.2 ET, que establecía, con bo criterio, que o importe deses ingresos podería descontarse do dos salarios de tramitación tanto no caso do despedimento nulo coma improcedente, algo que antes unicamente se prevía en relación co segundo [versión inicial do art. 56.1.b) ET] e suscitaba dúbidas, resoltas en sentido afirmativo pola xurisprudencia de unificación de doutrina, sobre se tamén debía aplicárselle ó primeiro. O novo precepto confirmaba ou asumía o criterio desa xurisprudencia pero non resolvía outros moitos e importantes problemas asociados á posibilidade do indicado desconto, os cales tiveron ocasión de tratar con certa extensión noutro lugar, ó que me remito²⁸, non sen advertir que non hai razón para que decaian as solucións que os tribunais laborais lles viñan aplicando. Polo que se refire ó parágrafo primeiro do art. 57.2 (efectos da percepción de prestacións por desemprego sobre os salarios de tramitación) e 57.3 (solicitude de alta con efectos desde a data do despedimento e cotización durante o período de percepción dos salarios de tramitación) remito ás observacións realizadas *supra*, alínea III, 1, A).

En nada se parecían o anterior e o novo art. 57 ET que se comenta. O anterior ocupábase de establecer un moi importante efecto sobre o que gardaba absoluto silencio o novo e que tamén regulan, con máis detalle, os artigos 116 e seguintes LPL, que é o do pagamento polo Estado dunha parte dos salarios de tramitación nos supostos de sentencia que declare de forma tardía a improcedencia do despedimento; en concreto, dispuña aquel que se a sentencia que declara tal improcedencia se tivese dictado transcorridos máis de sesenta días hábiles desde a data de presentación da demanda, o empresario podería reclamarlle ó Estado o pagamento dos salarios de tramitación que excederan deses sesenta días, así como o das correspondentes cotas de Seguridade social. Coa reforma realizada polo Real decreto-lei 5/2002, desapareceu do ET toda referencia sobre tan excepcional e específico suposto de responsabilidade directa do Estado, o cal podía inducir a pensar que se eliminara e só quedaba en pé a posibilidade de obter resarcimento con fundamento no disposto no art. 121 Const.²⁹, a través do recurso ó máis complexo procedemento xeral regulado nos artigos 292 e 293 LOPX, aplicable tamén, igual que antes, ó pagamento dos salarios de tramitación derivados do despedimento nulo. Sen embargo, existían razóns para considerar que a apuntada res-

²⁸ Vid. *op. últ. cit.*, páxs. 259-274, ambas incluídas.

²⁹ «Os danos causados por erro xudicial, así como os que sexan consecuencia do funcionamento anormal da Administración de Xustiza darán dereito a unha indemnización a cargo do Estado, conforme á lei».

ponsabilidade do Estado mantíñase cinxida, claro está, ó despedimento improcedente con opción pola readmisión, que era o único caso en que o dito despedimento seguía orixinando a percepción de salarios de tramitación. Á parte de que a disposición derogatoria única do Real decreto-lei 5/2002 non derogaba expresamente os artigos 116 e seguintes LPL, non se aprecia incompatibilidade entre a vixencia e aplicación deses artigos e o silencio gardado polo ET sobre a cuestión aquí contemplada, polo que tampouco se estaría no caso de ter que consideralos comprendidos na indicación de que «quedan derogadas cantas disposicións se opoñan ó establecido no presente Real decreto-lei», contida naquela disposición derogatoria. Non parece que fose propósito do Goberno o ir máis lonxe da extracción da responsabilidade examinada do ámbito do ET; noutro caso, é incomprendible que non o tivese manifestado expresamente e qué motivo puidera ter para xerar incerteza ó respecto.

B) Os cambios introducidos pola Lei 45/2002

Coa entrada en vigor da Lei 45/2002 nada queda da reforma dos aspectos estritamente laborais do despedimento realizada polo Real decreto-lei 5/2002. Vólvese a unha situación próxima á que este tiña modificado; pero non igual. En concreto, descóbreanse dous cambios substanciais: un de mellora e outro regresivo, desde o punto de vista, obviamente, da protección fronte o despedimento. Este segundo cambio, de natureza polémica, refírese á percepción dos salarios de tramitación cando o empresario recoñeza a improcedencia do despedimento e a opción entre a readmisión ou o pagamento da indemnización lle corresponda a el. Trátase dunha modificación que presenta, como o fixo o seu precedente lexislativo, importantes problemas de aplicación do precepto que a incorpora, ós que o intérprete terá que esforzarse por encontrar unha resposta satisfactoria. Podería terse aproveitado a nova reforma para introducir algunhas melloras técnicas nos preceptos restablecidos, suxeridas pola doutrina e pola súa anterior aplicación por parte dos tribunais laborais; probablemente, razóns de oportunidade aconsellaron volver, sen máis, á anterior redacción daqueles.

Non constitúe un cambio substancial o que incorpora a modificación do art. 110.1 LPL, que non fai máis que actualiza-la referencia ó precepto que regula a responsabilidade do Estado co fin do pagamento dos salarios de tramitación nos supostos de sentencia que declare tardiamente a improcedencia do despedimento. O dito precepto é hoxe, igual que desde 1995, coa promulgación do texto refundido do ET, e ata a reforma realizada polo Real decreto-lei 5/2002, o art. 57 ET.

a) A fuxida, importante, á situación anterior á entrada en vigor do Real decreto-lei 5/2002

Queda materializada a referida fuxida na modificación dos seguintes preceptos, que volven ter, exactamente, a mesma redacción que antes da reforma de maio de 2002:

1) As alíneas 6 e 7 do art. 55 ET. Pode obxectarse que non se aproveitase a ocasión para precisar, na primeira desas alíneas, que no despedimento nulo tamén é posible deducir dos salarios de tramitación («deixados de percibir») o percibido noutra ocupación encontrada polo traballador tralo seu despedimento, tanto por conta allea coma propia, así como que o traballador terá dereito, no seu caso, ademais de a aqueles, a unha indemnización polos danos causados pola lesión do dereito fundamental cunha apreciación en que se fundamente a declaración de nulidade do despedimento. Ámbolos extremos contan coa admisión, en casación para a unificación de doutrina, do Tribunal Supremo³⁰.

2) A alínea 1 do art. 56 ET, salvo no concernente á indicación, agora omitida, de que «o empresario deberá manter en alta ó traballador na Seguridade social durante o período correspondente ós salarios» de tramitación. Téñase en conta, sen embargo, que se trata dun efecto do despedimento que non é laboral, senón de Seguridade social, o que serve para xustificala supresión da súa mención no ET; ademais, tal supresión acompáñase da referencia para o dito efecto, que é común tanto ós salarios de tramitación derivados do despedimento improcedente coma nulo, na LXSS e, en concreto, nas novas alíneas 5.b), parágrafo último e 6 do seu art. 209, do que me ocupei *supra*, alínea III, 1, B). En suma, só queda afectada a situación legal do efecto.

E 3) o art. 57 ET, relativo á responsabilidade do Estado para o pagamento de salarios de tramitación nos supostos de sentencia que declare tardiamente a improcedencia do despedimento; desaparece así a incerteza sobre a subsistencia desa responsabilidade, provocada pola supresión de calquera referencia a ela no ET, levada a cabo polo Real decreto-lei 5/2002.

³⁰ Así, respecto ó segundo, sentencias do 12 de xuño de 2001 (Ar. 5921: non é admisible «afirmar que a única consecuencia legal do despedimento discriminatorio deba se-la readmisión e aboamento de salarios de tramitación, pois poden existir danos morais ou incluso materiais, cunha reparación que ha de ser compatible coa obriga legal de readmisión e aboamento de salarios de trámite») e do 23 de marzo de 2000 (Ar. 3121).

b) Modificacións en relación coa regulación do despedimento anterior ó Real decreto-lei 5/2002. Consideración especial do novo art. 56.2 ET e as súas consecuencias para a percepción (reducción e eventual eliminación) dos salarios de tramitación

Xa indiquei que as substanciais son dúas, das que me ocuparei aquí. A primeira delas, que constitúe unha indubidable mellora, aparece no novo art. 33.1, parágrafo segundo, ET, que despexa calquera dúbida sobre a cobertura dos salarios de tramitación por parte do Fondo de Garantía Salarial. Vólvense incluír expresamente na consideración de salario e do seu pagamento responde subsidiariamente o Fondo, o que non difire do que xa establecía o precepto antes da súa reforma polo Real decreto-lei 5/2002. O cambio e mellora reside en que agora dispónse que a inclusión daqueles ten lugar «nos supostos en que legalmente procedan», cando antes aparecía referida ós que «no seu caso» acordase «a xurisdicción competente», o que facía necesario, para o seu aseguramento polo Fondo, que figurasen fixados por resolución xudicial. Coa nova redacción, non ofrece dúbida que o aseguramento se estende tanto ós salarios de tramitación recoñecidos por resolución xudicial (sentencia ou auto) coma ós acordados en conciliación (extraxudicial ou *apud iudicem*), o que, dito sexa de paso, contribúe á promoción dos medios de solución extraxudicial de conflitos individuais, entre eles, de modo especial, os que teñen a súa orixe e fonte de regulación na autonomía colectiva. Polo demais, a indicación de que o Fondo de Garantía Salarial cobre o pagamento dos salarios de tramitación «nos supostos en que *legalmente* procedan» expulsa do aseguramento os salarios de tramitación cunha percepción total ou parcial, non prevista pola norma estatal, que traia causa dun pacto ou acordo entre a empresa e o despedido, como pode suceder en certas relacións laborais de carácter especial (por exemplo, despedimento improcedente de deportistas profesionais e do persoal de alta dirección)³¹.

Polo que respecta á segunda e última das apuntadas modificacións, está constituída polo disposto no novo art. 56.2 ET, que é un precepto cun contido que, aínda que se sitúa no mesmo camiño ou obedece a igual propósito que o que tiña antes da súa radical reforma polo Real decreto-lei 5/2002³², vai máis alá e permite, non só unha reducción da carga patro-

³¹ Sobre o particular, vid. J. GÁRATE CASTRO, *op. últ. cit.*, páxs. 43 e seguintes.

³² Sobre este contido, precedente do que ten agora o precepto, vid. J. GÁRATE CASTRO: «Notas sobre la reducción del período de devengo de salarios de tramitación por aplicación del art. 56, núm. 2, del Texto refundido del Estatuto de los Trabajadores», no volume J. GÁRATE CASTRO, coordinador, *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario. Estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor «honoris causa» por la Universidad de Santiago de Compostela*, Departamento de Dereito Mercantil e do Traballo da Universidade de Santiago de Compostela (Santiago de Compostela, 1997), páxs. 367 e seguintes.

nal por salarios de tramitación nos supostos de despedimento improcedente, como sucedía ata esa reforma, senón, incluso, que poida darse o caso de que estes non cheguen a percibirse. Pero non acaban aí as diferenzas, pois a estrutura, o contido e os problemas do novo precepto resultan máis complexos. En efecto, ocupa o novo art. 56.2 ET, en primeiro lugar, a diferenza da súa versión anterior ó Real decreto-lei 5/2002, de establecer unha regra especial sobre cando se deberá considerar producida a extinción do contrato no suposto dun despedimento improcedente en que a opción entre a readmisión ou o aboamento da indemnización lle pertenza ó empresario. De estar ante o expresado suposto, dispón aquel que «o contrato de traballo se entenderá extinguido na data do despedimento, cando o empresario recoñecera a súa improcedencia e ofrecese a indemnización prevista no parágrafo a) da alínea anterior [a de corenta e cinco días de salario por ano de servizo], depositándoa no Xulgado do Social a disposición do traballador e poñéndoo en coñecemento deste» (parágrafo primeiro)³³; semellante recoñecemento da improcedencia prevese (parágrafo último) que «poderá ser realizado polo empresario desde a data do despedimento ata a da conciliación» (propriadamente, do acto de conciliación). Tras situarse a extinción do contrato no indicado momento, o efecto ligado a isto, obxecto da segunda regra que proporciona o precepto, contida no seu parágrafo segundo, ten que ver coa percepción dos salarios de tramitación: tanto se o traballador acepta o ofrecemento («cando o traballador acepte a indemnización», son os termos empregados) como se o rexeita e impugna o despedimento, obtendo unha sentenza confirmatoria da improcedencia admitida no seu momento pola empresa (en termos do precepto, «cando non a acepte e o despedimento sexa declarado improcedente»), «a cantidade a que se refire o parágrafo b) da alínea anterior [a relativa ós «salarios deixados de percibir»] quedará limitada ós salarios percibidos desde a data do despedimento ata a do depósito, salvo cando o depósito se realice nas corenta e oito horas seguintes ó despedimento, caso en que non se percibirá ningunha cantidade» ou, se se prefire, non existirá dereito a salarios de tramitación.

³³ ¿Significa isto, *a sensu contrario*, que nos supostos de despedimentos improcedentes nos que non concorran as circunstancias mencionadas e nos de despedimentos nulos o contrato non se considera extinguido na data de efectividade do despedimento? Temos aquí unha previsión legal o suficientemente relevante como para que os tribunais laborais, comezando polo propio Tribunal Supremo, e algúns autores deban volver sobre a súa posición contraria e revisala ou manifestar, se entenden que han de mantela, os motivos que a xustifican a partir da reforma agora comentada. Dito sexa de paso, a indicada previsión legal amosa que non pode darse por pechada a cuestión, en extremo polémica, da natureza de salarios ou de indemnización que lles corresponde ós salarios de tramitación ¿Cando vai toma-lo lexislador unha posición clara e coherente ó respecto, que poña fin á dita polémica?

Estase ante un precepto que tende a facilita-lo despedimento mediante o abaratamento dos seus custos económicos, polo que pode afirmarse que responde ó proceso de flexibilización que xa indiquei que domina o réxime xurídico daquel. Ese abaratamento de custos favorece directamente ó empresario e, indirectamente, ó Estado, cando medie impugnación xudicial do despedimento e proceda a aplicación do precepto, pois non haberá entón salarios de tramitación dos que deba responder en caso de sentenza que declare tardiamente a improcedencia do despedimento. En calquera caso, descóbrese no novo art. 56.2 ET outra finalidade non menos relevante, que é a de evita-la situación abusiva que constitúe o feito de que o traballador acuda ó proceso co único obxecto de obter, nun período de tempo no que non cabe prestación de servizos, unha maior cantidade en concepto de salarios de tramitación, algo que os tribunais laborais deben procurar corrixir con ou sen unha previsión legal expresa como a que agora se comenta. Tal previsión, por descontado, proporciona seguridade xurídica e a base para unha actuación uniforme por parte daqueles, que haberán de decidi-la posible inexistencia ou limitación da prestación dos salarios de tramitación de acordo coas pautas que proporciona o precepto. Pero, aínda que se pretende disuadir do emprego innecesario e abusivo do proceso, o dereito á tutela xudicial efectiva existe que só caiba a aplicación do art. 56.2 ET ante un emprego do proceso que presente as características indicadas; se estas non aparecen claras e o uso do proceso se presenta razoable, a salvagarda do dereito á tutela xudicial efectiva pide, por riba de calquera interpretación literal do art. 56.2 ET, que o despedido que refai o ofrecemento patronal e impugne o seu despedimento poida obter unha sentenza que conceda os salarios de tramitación como se tal ofrecemento non se tivese producido. Por restrinxir dereitos (do traballador), o precepto comentado debe ser interpretado restrictivamente, na forma que permita mellor a conservación destes.

Ó meu xuízo, unha vez que concorran as circunstancias necesarias que contempla o parágrafo primeiro do art. 56.2 ET para que deba entenderse, *ope legis*, que a extinción do contrato se produciu na data de efectividade do despedimento³⁴, o parágrafo segundo daquel tería que ter disposto a inexistencia, en tódolos casos, de calquera percepción en concepto de salarios de tramitación ou «deixados de percibir». Tal coherencia plena entre os dous parágrafos non existe, pois a posibilidade de que non se perciban salarios de tramitación circunscríbese, no segundo, ó suposto en que o depósito ó que se refire o primeiro «se realice nas co-

³⁴ Pode verse nisto un vestixio do que dispuña o art. 56.1 ET, na súa redacción dada polo Real decreto-lei 5/2002 («o aboamento da indemnización determinará a extinción do contrato de traballo, que se entenderá producida na data do cesamento efectivo no traballo»).

renta e oito horas seguintes ó despedimento», de modo que, de non ser así, rexerá a regra establecida en primeiro lugar, como xeral, segundo a cal o traballador terá dereito ós salarios de tramitación correspondentes ó período comprendido entre a data do despedimento e a do depósito ó que se vén facendo referencia. Non é correcto ou coherente dispor que o contrato se considere extinguido na data do despedimento e, a pesar disto, poidan percibirse «salarios deixados de percibir». Esa incoherencia ou contradicción que se aprecia no art. 56.2 ET, xunto con outros problemas que suscita o precepto, debería conduci-la súa reforma, en termos iguais ou similares ós seguintes:

«No suposto de que a opción entre readmisión ou indemnización lle pertenza ó empresario, o contrato de traballo entenderase extinguido na data do despedimento cando aquel recoñecera a improcedencia deste e ofrecese a indemnización prevista no parágrafo a) da alínea anterior, depositándoa no Xulgado do Social no prazo das corenta e oito horas seguintes ó despedimento, a disposición do traballador e poñéndoo no seu coñecemento, a máis tardar, o día seguinte ó do depósito. En tal caso, cando o traballador acepte a indemnización ou cando non a acepte e o despedimento sexa declarado improcedente, non se percibirá ningunha cantidade polo concepto indicado no parágrafo b) da alínea anterior.

No mesmo suposto de opción, recoñecemento de improcedencia e oferta, se o depósito se efectuase a partir das corenta e oito horas seguintes ó despedimento, deberá comprender tamén o importe correspondente ós salarios deixados de percibir reportados ata a data en que teña lugar, ata a cal non se entenderá entón extinguido o contrato de traballo. En tal caso, cando o traballador acepte a oferta patronal ou cando non a acepte e o despedimento sexa declarado improcedente, a cantidade a que se refire o parágrafo b) da alínea anterior quedará limitada ós referidos salarios. O depósito deberá realizarse e poñerse en coñecemento do traballador antes dos vinte días hábiles seguintes ó do despedimento.

Para os efectos do disposto na presente alínea, o recoñecemento da improcedencia poderá ser realizado polo empresario desde a data do despedimento ata a da conciliación previa ó proceso».

Repárese en que coa proposta de reforma que acabo de realizar, resólvense, polo menos, outros tres dos graves problemas que presenta a actual redacción do precepto, dos que dou conta a continuación.

Un deses problemas é o da conciliación (propriadamente, acto de conciliación) á que se está referindo o ET, ata a cal o empresario pode recoñece-la improcedencia do despedimento (e, aínda que non se diga, ofrece-lo pagamento da indemnización e, no seu caso, como logo indicarei, tamén o dos salarios de tramitación que procedan). A referencia á «conciliación», sen máis, fai xurdi-la dúbida de se esta é a preprocesual regulada nos arts. 63 e seguintes LPL, ou a *apud iudicem*, contemplada no art. 84 de igual texto legal, a cal pode ter lugar, incluso, con posteriori-

dade á apertura do xuízo («en calquera momento antes de dictar sentenza»). Na miña proposta, feita desde a óptica de que un precepto restrictivo de dereitos debe ser interpretado restrictivamente e de que o art. 56.2 ET pretende evita-lo proceso, a dita conciliación é a previa á presentación da demanda e, polo tanto, ó inicio do proceso, isto é, a regulada nos arts. 63 e seguintes LPL; se a empresa a deixase pasar sen realiza-lo recoñecemento da improcedencia do despedimento, os salarios de tramitación non poderán xa quedar afectados pola limitación examinada. O tempo que media entre o despedimento e a realización do acto de conciliación preprocesual é máis que suficiente para que a empresa poida adoptar unha decisión segura sobre se lle convén ou non actuar no sentido que permita a aplicación do art. 56.2 ET. Recoñezo, sen embargo, que a omisión de calquera precisión ó respecto por parte do art. 56.2 ET podería chegar a estimarse razón suficiente (onde a lei non distingue non debemos distinguir) para admitir que o recoñecemento da improcedencia do despedimento e o ofrecemento da indemnización e, no seu caso, dos salarios de tramitación percibidos poida ter lugar ata a conciliación *apud iudicem* (e formar parte, que sería mellor, dos termos dunha avinza nela), algo que, polo demais, hai que pensar que intentará evita-la empresa, pois canto máis demore o recoñecemento e o ofrecemento de que se trata (e, polo tanto, tamén o depósito das cantidades que este debe incluír), maior será a carga por salarios de tramitación que haberá de soportar, polo que o normal será que anticipe aqueles todo o que poida e, se non os realiza nas corenta e oito horas seguintes ó despedimento, xunto co correspondente depósito (o que evita, como indiquei, calquera percepción de salarios de tramitación), procurará levalos a cabo sen esperar ata o último momento, que é, precisamente, o da conciliación *apud iudicem*.

O segundo dos aludidos problemas é o dos conceptos ós que debe entenderse o depósito. Está claro que se este se realiza dentro das corenta e oito horas seguintes ó despedimento unicamente incluírá o importe da indemnización contemplada no parágrafo a) do art. 56.1 ET. Agora ben, se se realiza con posterioridade e, polo tanto, se perciban xa salarios de tramitación ata que teña lugar, xorde a dúbida de se os termos do parágrafo primeiro do art. 56.2 ET, que unicamente fan referencia á mencionada indemnización, conducen a considerar suficiente o ofrecemento e o depósito que tamén se limite a esta. Certamente, choca cos principios que rexen o pagamento das obrigas o entender que o traballador deba aceptar unha proposta que non cubra a totalidade do seu crédito fronte a quen a fai³⁵; pero, ademais, carece de sentido que un precepto que ten

³⁵ Sendo obrigado o pagamento dos salarios deixados de percibir e líquida a débeda por eles, igual que a correspondente á indemnización do art. 56.1.a) ET, non

entre os seus fins o evita-lo proceso obrigue a seguilo co único obxecto de obte-los salarios deixados de percibir e percibidos ata o depósito que se contempla e sobre o pagamento que o debedor (a empresa) gardara silencio ou, incluso, ata puidera poñer de relevo a súa negativa a efectualo. Así mesmo, sendo outro dos fins do art. 56.2 ET a redución da carga por salarios de tramitación, non parece lóxico que o empresario, favorecido directamente pola medida, non teña que realizar ningún ofrecemento en relación con eles, máxime se se repara en que tales salarios son inherentes ó propio recoñecemento da improcedencia do despedimento con posterioridade ás corenta e oito horas seguintes á súa data, nacendo dunha imposición do precepto comentado e non dun pacto entre as partes. Por todo isto, unha interpretación do art. 56.2 ET efectuada en relación co contexto, o seu antecedente lexislativo³⁶ e o seu espírito e finalidade levan a concluír, como fixeron os tribunais laborais en relación con ese antecedente³⁷, que o ofrecido pola empresa e o que debe cubri-lo depósito que realice ha de se-lo cumprimento íntegro da súa obriga derivada do recoñecemento da improcedencia do despedimento; isto é, tanto o pagamento da indemnización coma o dos salarios deixados de percibir reportados ata o momento do dito depósito.

En fin, o terceiro dos problemas vén definido pola incerteza e inseguridade que pode chegar a xerar para o traballador, sobre todo en relación co exercicio da acción contra o despedimento, sometida a un breve prazo de caducidade, non suspendido pola oferta patronal e durante o período que media entre ela e o depósito ou a comunicación da súa realización, o que non figure ningunha determinación de ata qué momento pode realizarse e cándo debe comunicarse o depósito posterior ás corenta e oito horas seguintes ó despedimento. Aínda que o art. 56.2 ET garda silencio sobre ámbolos aspectos e por moito que a demora no depósito non faga máis que agrava-la situación da empresa respecto á carga por salarios de tramitación, paréceme oportuno traer novamente a colación que aquel precepto pretende evita-lo proceso; así as cousas, xulgo razoable propor que exista unha data tope xeral para efectua-lo depósito (podería exceptuarse da súa aplicación o caso en que a oferta da empresa e a aceptación

pode compelerse ó acreedor (o traballador) «a recibir parcialmente as prestacións en que consista a obriga» (art. 1169 Código civil), nin pode entenderse pagada a débeda (ou ofrecido o seu pagamento) «senón cando completamente se entregase [ou ofrese] a cousa ... en que a obriga consistía» (art. 1157 Código civil).

³⁶ Representado polo contido que tiña o precepto antes da reforma levada a cabo polo Real decreto-lei 5/2002.

³⁷ Incluso o Tribunal Supremo, en casación para a unificación de doutrina [entre outras, sentencias do 4 de marzo de 1997 (Ar. 3039) e 27 de abril e 29 de decembro de 1998 (Ar. 3869 e 452)].

do traballador figurasen nun acordo conseguido en conciliación, executable como se dunha sentenza se tratase) e que esta sexa a sinalada na proposta de reforma do precepto que formulei, anterior ó esgotamento do prazo de caducidade da acción de impugnación do despedimento. Así mesmo, parécese que é oportuno esixir, para evitar que posibles atrasos inxustificadas na comunicación do depósito poidan chegar a prexudica-lo traballador, que o efectuado dentro das corenta e oito horas seguintes ó despedimento teña que poñerse en coñecemento daquel de modo inmediato. Habería entón que determina-las consecuencias que debería produci-la inobservancia de tal esixencia.

Á parte das anteriores, o novo art. 56.2 ET presenta outras moitas cuestións, das que dou conta, sen ánimo exhaustivo, na exposición que segue:

1) Suscita certa dúbida que as administracións públicas poidan facer uso do disposto no precepto. A dúbida xorde a consecuencia da indicación deste segundo a que «o recoñecemento da improcedencia poderá ser realizado polo empresario desde a data do despedimento ata a da conciliación», intento que, tratándose da preprocesual, se exclúe, como se sabe, cando o empresario resulta ser unha administración pública, pois o que debe mediar entón é unha *reclamación administrativa previa* (art. 69 LPL), que poderá ou non ser contestada por aquela. En calquera caso, debería mediar unha indicación legal expresa que elimine a dúbida aquí exposta; doutro lado, é evidente a imposibilidade material de que unha Administración pública poida sortealos controis internos que permitan realiza-lo depósito da indemnización dentro das corenta e oito horas seguintes ó despedimento.

2) É presuposto para a aplicación do disposto no art. 56.2 ET que o empresario realice o *depósito xudicial* da cantidade ofertada, o cal tende a garantir ou asegura-la percepción desta polo despedimento, máxime cando a aceptación da oferta patronal por parte do traballador non figure seguida da simultánea entrega da cantidade ofertada e aceptada e non se inclúa nun acordo de conciliación (preprocesual ou *apud iudicem*) susceptible de levarse a efecto polos trámites de execución de sentenza. Pero, ademais, tamén é preciso que o empresario, en declaración *recepticia*: a) recoñecese a improcedencia do despedimento e ofrecese o pagamento da indemnización e, no seu caso, como xa advertín, tamén dos salarios de tramitación percibidos ata o depósito; e b) dese a coñece-la realización deste. Non basta, pois, co depósito nin, moito menos, co mero anuncio da disposición a realizalo. Para os efectos indicados, non equivale a recoñecemento da improcedencia do despedimento o postular que, aínda que non se produciu este, senón outra causa extintiva, ofrécese as mesmas cantidades que terían correspondido de ter existido. Polo que respecta ó indicado ofrecemento, debe ser actual e efec-

tivo, non vinculando ó traballador o que consista na mera promesa de pagamento dunha cantidade ou nun compromiso de futuro pagamento, sen concreción de importe que se deba satisfacer. Ha de tratarse dun ofrecemento de pagamento incondicional, efectuado en termos tales que o acredor non teña razón para o seu rexeitamento³⁸; só así permitirá, ante este, que o depósito/consignación da cantidade ofertada sexa hábil para desencadea-lo efecto liberatorio previsto no precepto. O anterior require: *a)* a correcta cuantificación dos conceptos ós que debe estenderse o pagamento, directamente ou, polo menos, mediante a precisión dos elementos de cálculo necesarios que lle permitan ó traballador coñecer, sen maior dificultade, o importe que se lle ofrece e se o mesmo é correcto. *b)* Segundo se anticipou, a comunicación ó despedido de que o dito importe se depositou xudicialmente e queda á súa disposición, o que debe ter lugar tivese ou non aceptado xa o ofrecemento feito, salvo, parece, que se tivese acordado prescindir do depósito por ir acompañada a aceptación do dito ofrecemento da entrega efectiva da cantidade ofertada. Se esa comunicación ó interesado, que constitúe un requisito para a efectividade do depósito ou consignación (art. 1178, parágrafo segundo, Código civil), non chegara ó seu coñecemento e mediara impugnación do despedido, a sentenza haberá de condenar ó pagamento dos salarios de tramitación sen aplica-la restricción que ó respecto establece o art. 56.2 ET. E *c)* que o depósito xudicial comprenda o ingreso efectivo da cantidade ofertada, non sendo suficiente, pois, coa substitución dese ingreso por un mero aseguramento do pagamento.

3) A xeral necesidade do depósito efectivo da cantidade ofertada é clara, sobre todo, se se repara en que non é requisito para a aplicación do precepto o que a oferta e a aceptación da dita cantidade forme parte dun acordo conseguido en conciliación e, por isto, susceptible de levarse para o efecto polos trámites de execución de sentenza³⁹. Nin que dicir ten que o traballador, salvo que teña manifestado a súa aceptación e esta se integre nun acordo como o sinalado, haberá de estar moi atento, para non prexudica-lo seu dereito a impugna-lo despedido e cando ten intención de aceptar *apud iudicem* ou xa aceptou extraxudicialmente a oferta patronal, pero non recibiu aínda a cantidade ofertada, por terse acordado o seu depósito, a que a data deste, non suxeita pola lei a termo algún, non exceda, en ningún caso, do prazo de caducidade para o exercicio da acción contra o despedido, que non se ve afectado polo feito de existir unha oferta patronal como a que contempla o art. 56.2 ET, que, volvo a recordalo aquí, non provoca a suspensión daquel mentres non se

³⁸ Cfr. art. 1176, parágrafo primeiro, Código civil.

³⁹ Cfr. arts. 68 e 84.4 LPL.

efectúe o depósito. Tal prazo segue sendo o dos vinte días hábiles computados desde o seguinte ó da efectividade do despedimento (art. 59.3 ET); por isto, calquera manifestación da empresa sobre a súa intención de realiza-lo depósito non debe conducir a que o traballador deixe esgotar aquel á espera de que o dito depósito se produza con posterioridade, pois, se finalmente non ten lugar, podería intentar obter as cantidades ofertadas, con maiores ou menores dificultades, sobre todo de proba (dependendo da documentación da oferta e da aceptación), por outra vía distinta á do proceso de despedimento, pero non a través deste, por caducidade da correspondente acción.

4) Unha vez que o despedido teña coñecemento do depósito e de que o importe a que ascende «está á súa disposición», isto non significa que poida xa, sen máis, retirar ou obter-lo dito importe. Para isto é preciso que medie a súa aceptación *apud iudicem* do depósito e, polo tanto, da oferta patronal. Se aínda non manifestase nada sobre esta ou se a tivese rexeitado anteriormente, ten agora unha nova oportunidade de aceptala, quizais, por exemplo, porque co depósito desapareceran as dúbidas que tiña sobre a seriedade da oferta e a efectividade do pagamento. Pero pode tamén ocorrer que aceptara no seu momento a dita oferta á marxe dun acordo de conciliación e que agora, tralo depósito, non se mostre conforme con este e deixe sen efecto a súa aceptación previa, condicionada ós termos do depósito posterior. Efectuado o depósito, mentres non se produza a aceptación contemplada, o empresario pode retirar-lo seu ofrecemento e reclama-la devolución da cantidade depositada⁴⁰, aínda que isto, como é obvio, implicará que a súa obriga para o pagamento dos salarios de tramitación non poida verse modificada polo disposto no art. 56.2 ET. Entre as causas que poden conducir a que a empresa decida o retiro da súa oferta figura o seu convencemento da caducidade da acción de despedimento, a cal, de confirmarse xudicialmente, liberaría o de toda responsabilidade relacionada con este e a que puidera se-la súa cualificación [relaciónese isto co exposto no punto 3) anterior].

5) O ofrecido pola empresa está vinculado á consecución da súa aceptación polo traballador, polo que, no alcanzada esta, ningún compromiso ten aquela co fin do mantemento do que se mostrase disposta a admitir para obter un acordo; postula-lo contrario equivale a descoñecerlo equilibrio interno, ás veces delicado, ó que responde calquera oferta transaccional. O anterior conduce a postular que o contido da oferta patronal que aquí se examina non condiciona o obxecto do proceso, o que permite que se poida defender neste a procedencia do despedimento ou calquera outra posición distinta da do mantemento da súa improceden-

⁴⁰ Cfr. art. 1180, parágrafo segundo, Código civil.

cia (inexistencia de relación laboral ou de despedimento, nulidade do contrato de traballo, caducidade da acción, etc.). A improcedencia do despedimento que a empresa se mostra disposta a aceptar prodúcese nun contexto tendente a alcanzar un acordo, polo que non é equiparable a unha alleación nin vincula ó xulgador, que é a quen lle compete efectuar, de acordo coas normas aplicables, a cualificación xurídica dos feitos axuizados (no noso caso, si existe un despedimento e se este é procedente, improcedente ou nulo), con independencia das observacións que as partes puidesen realizar ó respecto.

6) Para que o depósito xudicial impida a percepción de salarios de tramitación debe ter lugar, segundo prescribe o propio art. 56.2 ET, dentro das corenta e oito horas seguintes ó despedimento, as cales, non indicándose o contrario, ha de entenderse que corresponden a días hábiles⁴¹. Tal prazo é *perentorio e improrrogable*, de onde o depósito efectuado tralo seu esgotamento xera xa, ata a súa data, a percepción daqueles. De existir na circunscrición territorial máis dun Xulgado do Social, a empresa, con carácter xeral, poderá realiza-lo depósito no Xulgado Decano. Por suposto, esta regra vale tamén para o depósito realizado máis alá das corenta e oito horas seguintes ó despedimento. En calquera caso, deberían darse canto antes (¿polo Consello Xeral do Poder Xudicial?) as instrucións necesarias para a tramitación deste tipo de depósitos, con indicación dos pasos que deben segui-la empresa e o traballador, así como das actuacións que debe desprega-lo órgano xurisdiccional.

7) Pode presentar controversia a determinación de cando a discrepancia do traballador respecto ó cálculo da cantidade ofrecida será suficiente para xustifica-lo rexeitamento desta e que o seu posterior depósito xudicial non sirva para acurtar ou elimina-la percepción de salarios deixados de percibir. Non hai razón para entender que a cuestión non poida te-la mesma solución que a que mereceu con ocasión da aplicación do disposto na versión do art. 56.2 ET anterior ó Real decreto-lei 5/2002. Partindo de que o ofrecemento patronal debe estenderse, insisto, á indemnización e, no seu caso, tamén ós salarios de tramitación percibidos ata o depósito, aquel non pode ser arbitrario ou de calquera suma. A cantidade ofrecida ha de se-lo resultado de aplica-la base salarial e os factores temporais apropiados, debéndose concretar, ademais, debidamente separados, qué cantidade corresponde á indemnización e cál ós salarios deixados de percibir, cando procedan. A falta da apuntada separación, así como o desacerto total ou parcial en canto ós parámetros de cálculo manexados pola empresa para fixa-la suma ofertada (salario regulador ou conceptos

⁴¹ Tería sido mellor facer referencia ós dous días hábiles seguintes ó despedimento.

que deben integralo, antigüidade do despedido), de confirmarse posteriormente pola sentenza, conducirá a que a condena ó pagamento dos salarios de tramitación se realice como se non tivese lugar o ofrecemento patronal salvo, acaso, aqueles supostos en que se aprecie un erro escusable, que non evidencie mala fe por parte da empresa⁴², aínda que, ó meu xuízo, nin sequera tal tipo de erro debería admitirse como excepción á inaplicación do actual art. 56.2 ET, polas razóns que tiven ocasión de expoñer en relación coa redacción deste precepto anterior ó Real decreto-lei 5/2002, ás que me remito⁴³.

8) O rexeitamento xustificando da oferta patronal non se circunscribe á situación anterior, así como á xa indicada dun depósito que non implique o ingreso efectivo da cantidade ofrecida. Tamén pode provocar aquel rexeitamento a crenza do traballador de que lle corresponde a el, por disposición legal ou convencional, a opción entre a readmisión ou o pagamento da indemnización; ou de que a cualificación que merece o despedimento é a de nulo e non a de improcedente. Por suposto, o recoñecemento xudicial dunha ou outra cousa debe determina-la inaplicación do art. 56.2 ET. Máis problemas presenta o resolver se esa inaplicación pode ser posible a pesar de que a nulidade ou a perseguida atribución da opción non teñan sido confirmadas pola sentenza. Unha resposta negativa, sen maiores matizacións, pode ser apropiada para certos casos, quizais a maioría, onde o pretendido polo traballador se mostre inconsistente ou falto de todo fundamento; pero non creo que se axuste ben ás esixencias do dereito á tutela xudicial efectiva o descartar, *a priori*, a solución contraria se se descubren na posición do traballador motivos bastantes para facer *razoable* a súa defensa no proceso. Non se trata de deixar en mans do traballador a posibilidade de facer inaplicable o art. 56.2 ET

⁴² O novo art. 56.2 ET pode, quizais, reabri-la polémica, suscitada por esa redacción, sobre se o rexeitamento do efecto que prevé ha de depender da valoración das circunstancias que definan en cada caso o erro da empresa. Como se sabe, a xurisprudencia que fixou o alcance do disposto polo art. 56.2 ET antes da súa reforma polo Real decreto-lei 5/2002 entrou en se a motivación do cálculo da suma ofertada pola empresa evidenciaba ou non o propósito serio de cumprir de modo axustado á cantidade ou importe que legalmente procedese, de forma que, apreciado só un mero desacerto no momento do cumprimento por erro material ou aritmético de escasa contía ou por discrepancia xurídica razoable sobre os elementos necesarios para o cálculo (salario regulador ou conceptos comprendidos nel, antigüidade do despedido), isto é, un erro escusable, que eximise toda sospeita de conducta abusiva, de mala fe ou fraudulenta por parte da empresa, descubriase razón suficiente para concluír que o correspondente ofrecemento patronal seguía sendo eficaz para afecta-la percepción dos salarios de tramitación [así, entre outras, sentencias TS do 24 de abril de 2000 (AS 4795) e 11 de novembro de 1998 (AS 9627)].

⁴³ «Notas sobre a redución do período de percepción de salarios de tramitación...», cit., páxs. 379-381.

a través da mera solicitude de que se declare a nulidade do despedimento ou de que se lle atribúa o dereito de opción; semellante inaplicación haberá de quedar limitada ós casos excepcionais, nos que xudicialmente se considere que a pretensión daquel é razoable e conta con fundamento a pesar de non poder admitirse. Tales casos operarían como excepción á regra xeral, que é a redución ou eliminación do período de percepción de salarios de tramitación.

C) *Despedimentos afectados por ámbalas reformas*

Desde o punto de vista *temporal*, a reforma do despedimento levada a cabo polo Real decreto-lei 5/2002 alcanza só ó producido a partir da entrada en vigor deste texto legal, isto é, desde o 26 de maio de 2002 (disposición transitoria primeira en relación coa disposición final segunda, dous, Real decreto-lei 5/2002). As extincións de contratos de traballo producidas con anterioridade á expresada data continuaron rexéndose, «no que se refire ós seus aspectos substantivo e procesual, polas disposicións vixentes na data en que tiveran lugar as ditas extincións» (disposición transitoria primeira, cit.), o cal comprendía, sen dúbida, se se entende que o Fondo de Garantía Salarial deixaba de ser, en diante, responsable do pagamento dos salarios de tramitación, a subsistencia da súa obriga de abonalos de acordo co disposto no anterior parágrafo segundo do art. 33.1 ET. Para tales efectos, a data que se debe ter en conta para determina-la expresada subsistencia era, por se-la responsabilidade do Fondo, sen dúbida, un aspecto máis do despedimento, a deste, non a posterior en que se constituíse o título (resolución xudicial declarando a insolvencia do obrigado ó pagamento dos salarios de tramitación) en que aparece sustentada a solicitude da asunción da responsabilidade por parte do Fondo. Polo que respecta á reforma que introduce a Lei 45/2002, esta aféctalles tamén unicamente ós despedimentos producidos a partir da entrada en vigor desta (disposición transitoria primeira), producida o 14 de decembro de 2002 (disposición final primeira, dous).

Desde unha perspectiva material, resulta afectado de modo inmediato polas dúas reformas calquera tipo de despedimento; isto é:

1) O *despedimento disciplinario*, sobre o que versan directamente as dúas sucesivas modificacións sufridas polos artigos 55, 56 e 57 ET.

2) O *despedimento por causas obxectivas*, en virtude da remisión dos efectos da súa cualificación a «os indicados para o despedimento disciplinario» (art. 53.5 ET; termos similares no art. 123.2 LPL). Ó despedimento obxectivo improcedente alcanza, pois, coa reforma realizada pola Lei 45/2002, as consecuencias co fin da percepción de salarios de tramitación previstas no vixente art. 56.2 ET; igualmente, alcanzábao, coa primeira das reformas, a completa supresión desa percepción en caso de opción pola indemnización.

3) Os *despedimentos colectivos nulos*, en virtude da remisión que fai o art. 124 LPL ó 113.

E 4) calquera outra extinción por vontade unilateral do empresario á que os tribunais (e a doutrina) veñen aplicando, a falta de expresas previsións legais sobre a súa impugnación baseada na discusión da concorrencia da causa extintiva invocada por aquel, o réxime inicialmente establecido para o despedimento disciplinario. Se se considera que un importante número de despedimentos improcedentes afectan a contratos de traballo de duración determinada e teñen a súa orixe no feito de non ser admisible a eficacia da chegada do termo invocada como causa de extinción, é fácil adverti-lo beneficio que experimentaba o empresario que na situación exposta optase, baixo a vixencia da primeira das reformas, pola indemnización. A supresión da percepción dos salarios de tramitación facilitáballo economicamente a extinción. Para esas extincións asimiladas ó despedimento rexen tamén as previsións do vixente art. 56.2 ET. 