



Roj: **STS 2115/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2115**

Id Cendoj: **28079140012015100241**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/04/2015**

Nº de Recurso: **1706/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JESUS SOUTO PRIETO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Almería, núm. 1, 31-07-2013 ,  
STSJ AND 645/2014,  
STS 2115/2015**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a catorce de Abril de dos mil quince.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Juan Antonio Luque Martínez, en nombre y representación de D. Mario , frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada de fecha 30 de enero de 2014, dictada en el recurso de suplicación número 2189/13 formulado por el Instituto Nacional de Empleo contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Almería de fecha 31 de julio de 2013 en autos nº 733/12 dictada en virtud de demanda formulada por D. Mario , frente al Servicio Público de Empleo Estatal (INEM), por desempleo.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido el Servicio Público de Empleo Estatal representado por el Abogado del Estado.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Souto Prieto,

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 31 de julio de 2013, el Juzgado de lo Social número 1 de Almería dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando íntegramente la demanda formulada por D. Mario , frente al SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, debo declarar y declaro el derecho a percibir las prestaciones por desempleo en su modalidad de pago único, y debo condenar y condeno a dicho demandado a estar y pasar por la presente declaración así como al pago de las prestaciones correspondientes, y ello revocando la resolución administrativa impugnada".

**SEGUNDO.-** En la citada sentencia se han declarado probados los siguientes hechos: "PRIMERO: El actor D. Mario , mayor de edad, cuyas demás circunstancias obran en autos, trabajó par las empresas Construcciones Cicuga, S.L. y Promociones Vill de Gádor, S.L. (PROVIGA), dedicada a la Construcción, con 1a categoría laboral de Oficial de la, extinguiéndose 1 relación laboral por despido. SEGUNDO.- El despido fue recurrido dictando sentencia e los autos, Num. 176/2010, el Juzgado de los Social Núm. 4 con fecha 18 de Enero de 2.010, declarando la improcedencia de mismo, con abono de los salarios de tramitación. TERCERO.- Producido el despido, solicitó las prestaciones contributivas por desempleo que le fueron reconocidas por resolución del Director Provincial del INEM de fecha 25 de Mayo de 2.009, por un periodo de 720 días sobre la base reguladora de 44,05 €. Con fecha 22 de Julio de 2.009 solicitó el pago único de la prestación reconocida, siendo aprobado por resolución de la misma autoridad de fecha 22 d Julio de 2.009, en la cuantía de 18.485,09 €, en la solicitud el actor declaró no haber recurrido frente al despido. CUARTO.- La entidad demandada tras recibir del FOGASA



1a comunicación de haber abonado al actor, los salarios de tramitación y comprobar que había simultaneado la prestaciones por desempleo con aquellos salarios, la Dirección Provincial con fecha 29 de Febrero de 2.012, dictó resolución declarando la percepción indebida de la prestación por desempleo durante el periodo de 15/05/2009 a 30/01/2012, e la cuantía de 19.485,09 €. Frente a la misma presentó escrito de reclamación previa, siendo desestimado por resolución de 1 misma autoridad de fecha 30 de Mayo de 2.012, confirmando la anterior.

**TERCERO.-** La citada sentencia fué recurrida en suplicación por el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL dictándose por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, sentencia con fecha 30 de enero de 2014 en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL contra la sentencia de fecha 31 de julio de 2013 dictada por el Juzgado de lo Social número UNO DE LOS DE ALMERIA , en Autos seguidos a instancia de Don DON Mario frente a SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL sobre prestaciones por desempleo, debemos revocar en parte dicha sentencia debiendo quien acciona, devolver al Ente Público demandado la cantidad correspondiente a las prestaciones por desempleo y en aquel periodo en que también cobro salarios de tramitación lo que se determinará, al no aportarse datos a la Sala de dicha coincidencia, en ejecución de sentencia. Confirma la sentencia en todo lo demás, es decir, no tener por indebidas las sumas cobradas por quien acciona en aquellas fecha en que no se produce dicha incompatibilidad de prestaciones mensuales".

**CUARTO.-** El letrado D. Juan Antonio Luque Martínez, en nombre y representación de D. Mario , mediante escrito presentado el 28 de abril de 20145, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja de fecha 14 de abril de 2011 (recurso nº 150/2011 ). SEGUNDO.- Se alega la infracción de los arts. 56.1 B) del ET , así como el art. 209 y 228 de la LGSS y art. 1.1 RD 1044/1985 de 9 de junio .

**QUINTO.-** Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar la improcedencia del recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 8 de abril de 2015, en el que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La cuestión debatida es la relativa a las consecuencias que sobre la prestación por desempleo reconocida a un trabajador en su modalidad de pago único ha de tener el percibo de salarios de tramitación durante un tiempo parcialmente coincidente con aquélla, por aplicación de lo dispuesto en la letra a) del número 5 del art. 209 de la Ley General de la Seguridad Social .

La sentencia recurrida, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada de 13/02/2014 (rec. 2189/2013 ), revoca parcialmente la de instancia - que había estimado íntegramente la demanda, sin obligación de devolver cantidad alguna de lo percibido por desempleo- condenando a la actora a devolver al Ente Publico demandado la cantidad correspondiente a las prestaciones por desempleo únicamente en el periodo en que también cobró salarios de tramitación, a determinar en ejecución. Consta en el relato de hechos probados, que el actor fue despedido y solicitó la prestación por desempleo en su modalidad de pago único, que le fue reconocida, causando alta posteriormente en el régimen especial de trabajadores autónomos. A su vez, había impugnado el despido, que fue declarado improcedente por sentencia, abonando el FOGASA los salarios de tramitación. El servicio público de empleo le reclama el reintegro de la prestación reconocida por ser incompatible con la percepción de los salarios de tramitación. La Sala de suplicación, para justificar la revocación parcial de la sentencia de instancia, distingue entre el reintegro de la prestación por cobro indebido y la incompatibilidad, y considera que durante la percepción de los salarios de tramitación, se produce un cobro indebido de la prestación por desempleo que ha de ser reintegrada, pero no es incompatible. Sostiene al efecto la sentencia que el hecho de ser declarada judicialmente la improcedencia del despido y, el abono de los salarios de tramitación por el FOGASA por insolvencia empresarial, con posterioridad al reconocimiento de la prestación de desempleo y abono en la modalidad de pago único, para la incorporación del beneficiario a la actividad por cuenta propia, no permite denegar la prestación por incompatibilidad con la actividad, ya que ello iría contra el espíritu de la norma que posibilita esa modalidad de percepción precisamente para estimar el autoempleo. Pero sí considera reintegrables las prestaciones percibidas correspondientes al periodo cubierto por el pago de los salarios de tramitación, siendo precisamente esta consideración la que ahora ataca la recurrente en casación unificadora.



Contra esta sentencia recurre la actora en casación unificadora, aportando de referencia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 14/04/2011 (rec. 150/2011). En este caso se produce el despido de la demandante que ésta impugna en vía judicial, posteriormente solicita la prestación por desempleo en modalidad de pago único que es reconocida por resolución de 11/5/09 con efectos de 1-3-2009, habiéndose dado de alta en el RETA el 1-5-2009. El 26-5-2009, cuando ya se le había reconocido la prestación de desempleo, se celebró acto de conciliación judicial en el procedimiento de despido, en el que la empresa reconoció la improcedencia del despido y optó por el abono de la indemnización legal más los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la del acto de conciliación, finalizando el acto con avenencia entre las partes. La sentencia deja sin efecto la resolución administrativa impugnada y declara el derecho de la demandante al percibo de la prestación por desempleo en la modalidad de pago único que tenía reconocida, sin devolución de lo correspondientes a salarios de trámite.

Se aprecia contradicción entre las resoluciones comparadas, en la medida en que siendo lo que se discute si cuando un trabajador despedido obtiene en pago único la prestación por desempleo, que destina al autoempleo, debe devolver el importe correspondiente a los salarios de tramitación, la sentencia recurrida considera que sí y la de contraste que no.

**SEGUNDO.-** En cuanto a la cuestión de fondo, se denuncia la infracción de lo dispuesto en el art. 56.1 B) del ET vigente en el presente supuesto, en materia de salarios de tramitación, junto con los arts. 209 y 228 LGSS y art. 1.1 RD 1044/1985 de 9 de junio.

Debe estimarse correcta la doctrina de la sentencia recurrida, pues, con invocación de la sentencia del Pleno de esta Sala de 1 de febrero de 2011 (rcud 4120/09), establece que, conforme a la jurisprudencia, la indebida prestación sólo es predicable de los lapsos temporales en que la misma se ha compaginado con el percibo de salarios de tramitación, pues es únicamente esa situación la que origina la incompatibilidad y da lugar a la correspondiente obligación de reembolso.

En efecto, nuestra referida sentencia del Pleno, rectificando doctrina anterior de la Sala, señala:

" en el número 4 del artículo 209 LGSS se dice que *"en el supuesto de despido o extinción de la relación laboral, la decisión del empresario de extinguir dicha relación se entenderá, por sí misma y sin necesidad de impugnación, como causa de situación legal de desempleo"* ....

"Sin embargo puede ocurrir -como en el caso que ahora se resuelve- que después de ese reconocimiento inicial de la prestación por desempleo el trabajador plantee demanda por despido que termine con una obligación empresarial de abonar salarios de tramitación (eventualmente pagados por el FOGASA ex artículo 33.1 ET), bien a través de acta de conciliación, bien por sentencia, o en virtud de la providencia en la que, declarado el despido improcedente, se tenga por hecha la opción empresarial a favor de la indemnización."

"En este caso, si el trabajador se encuentra en la situación legal que comporta el derecho al cobro de esos salarios de tramitación, dice el artículo 209.5 a), en lo que aquí interesa, lo siguiente:

" *...Si el trabajador tiene derecho a los salarios de tramitación y no estuviera percibiendo las prestaciones comenzará a percibir las con efectos desde la fecha en que finaliza la obligación del abono de dichos salarios ..."* , supuesto que no es el que aquí se ha producido, pero que guarda relación con la aparente contradicción que se produce en el número 4 del artículo 209 LGSS, en el que se establece, por un lado, la posibilidad de obtener la prestación por desempleo desde el momento del despido sin necesidad de impugnarlo y, por otro, la previsión legal que se realiza a continuación en el precepto de que en caso de que exista un periodo que corresponda a salarios de tramitación se ha de entender que el nacimiento del derecho a las prestaciones se produce una vez transcurrido dicho periodo. Este segundo supuesto solo operará cuando el trabajador no haya reclamado el desempleo inmediatamente después del despido y lo haga después de haber percibido los salarios de tramitación abonados por la empresa, o cuando se proceda a la regularización de esa situación a la que se refiere el número 5 del precepto.

Pero en el presente caso, si el trabajador comenzó a percibir las prestaciones inmediatamente después del despido, no cabe decir que el nacimiento del derecho se produjo después de finalizado el periodo que corresponde a salarios de tramitación, teniendo en cuenta que la prestación por desempleo no es doble, sino una sola, que nace desde la extinción del contrato de trabajo y sobre la que se proyectarán las vicisitudes que puedan surgir con posterioridad, como es el supuesto en el que al trabajador se le conceda el derecho a percibir salarios de tramitación después de reconocido el derecho a la prestación.

Por ello, la parte del precepto aplicable (209.5 a)) en este caso es la que continua diciendo " *...y si estuviera percibiendo las prestaciones dejará de percibir las, considerándose indebidas, y podrá volver a percibir las con efectos desde la fecha en que finaliza la obligación del abono de dichos salarios, previa regularización por la Entidad Gestora del derecho inicialmente reconocido ..."*.



"Se trata de una regulación legal compleja que puede comportar muchos elementos de hecho variables derivados, entre otras situaciones posibles, por ejemplo del momento en que se cobran esos salarios de tramitación -en ocasiones después de terminar las prestaciones por desempleo- si se abonan en todo o en parte, o si lo hace la empresa o el Fondo de Garantía Salarial.

Por eso en nuestra sentencia de 26 de marzo de 2.007, dictada en el recurso 1646/2006 , se dice que las finalidades de la *compleja regulación* contenida en el precepto son esencialmente dos:

" 1ª) *Por una parte, permitir la coordinación de los efectos de la apertura del derecho con el despido sin esperar a la calificación de éste y las consecuencias que de esa calificación pueden derivarse en orden al periodo de percepción inicial.*

2ª) *Por otra parte, asegurar la incompatibilidad entre percepción de las prestaciones de desempleo y el abono de salarios de tramitación durante el mismo periodo ..."*

Y continúa diciendo la sentencia del Pleno que transcribimos: " Pues bien, esa compleja regulación legal ha de ser interpretada partiendo en primer lugar, tal y como antes se argumentó, de que en realidad no se trata de dos prestaciones por desempleo distintas, sino una sola. Dicho esto, para resolver esos problemas de concurrencia de prestación y salarios de trámite ha de aplicarse el número 5 del artículo 209 LGSS , que se acaba de transcribir, que contiene esa regulación *compleja* que por ello precisa de una interpretación armónica. Recordemos que estamos en el caso del trabajador que percibiendo la prestación por desempleo, obtiene después un título en virtud del que habrán de abonársele salarios de tramitación. La norma comienza por decir sobre este punto que " *...y si estuviera percibiendo las prestaciones dejará de percibirlas, considerándose indebidamente*", expresión que tiene el alcance más bien de norma específica de incompatibilidad, de imposibilidad de percibir de manera simultánea prestaciones y salarios de tramitación, puesto que ambas percepciones vienen a compensar lo mismo, esto es, la falta de percepción salarial, de ingresos, durante un determinado periodo ( STS de 28 de octubre de 2.003, rec. 2913/2002 ).

Una vez establecida la regla anterior, el precepto continúa diciendo que "*... y podrá volver a percibirlas con efectos desde la fecha en que finaliza la obligación de abono de dichos salarios, previa regularización por la Entidad Gestora del derecho inicialmente reconocido reclamando a la Tesorería General de la Seguridad Social las cotizaciones efectuadas durante la percepción de las prestaciones y efectuando la compensación correspondiente por las prestaciones indebidamente percibidas, o bien reclamando su importe al trabajador*".

*"En ambos casos, el trabajador deberá solicitar el reconocimiento de las prestaciones en el plazo previsto en el apartado 1 de este artículo, tomando como fecha inicial para tal cumplimiento la del acta de conciliación o providencia de opción por la indemnización, o, en su caso, la de la resolución judicial, y acreditar el período que corresponde a los salarios de tramitación"*.

"De esta forma, partiendo -como ya se dijo- de que no se trata de dos prestaciones por desempleo distintas, la que se obtiene cuando se produce la situación legal de desempleo protegida -el despido- y la que será fruto de la *regularización* cuando se conozca el título del que derivan los salarios de tramitación, sino que la propia norma expresa que se trata de una adecuación, normalización o actualización ( *regularización* ) de lo que se dice que es, en singular, "*el derecho inicialmente reconocido*", pero en el que la existencia de los salarios de tramitación no podían dejar de tener incidencia, ante la indiscutida incompatibilidad con las prestaciones por desempleo.

El problema surge entonces cuando hemos de interpretar en conexión con lo anterior el último párrafo de la letra a) del número 5 del artículo 209 LGSS en el que se contiene indudablemente una obligación para el trabajador de poner en conocimiento de la Entidad Gestora el hecho del reconocimiento de aquéllos salarios de tramitación, pero con una cierta discrepancia o contradicción de concepto en relación con lo que en el párrafo anterior era la "*regularización*" de la prestación inicial, pues ahora se dice que "*deberá solicitar el reconocimiento de las prestaciones*", como si se tratara de un nuevo derecho independiente del anterior.

Pues bien, esa discrepancia ha de resolverse partiendo de la realidad de que la prestación por desempleo tiene su origen en la situación protegida, como antes se dijo, que es el despido ( art. 208.1 c ) y 209.4 LGSS ) de la que no se derivan dos prestaciones diferentes sino una sola, en la que incide después un hecho -la percepción de los salarios de tramitación- que exige su regularización. Por ello, aunque es cierto que incumbe al trabajador la obligación de poner en conocimiento de la Entidad gestora la existencia del instrumento legal, del título en virtud de cual se declara el derecho al cobro de los salarios de tramitación, la consecuencia legal que haya de desprenderse de tal incumplimiento no debe extenderse a la devolución de prestaciones correspondientes al periodo en el que realmente no existía la incompatibilidad porque, por un lado, ciertamente en tal periodo, a diferencia del anterior incompatible, no se produjo una percepción *indebida* de la prestación, sino el incumplimiento de la referida obligación legal de comunicar esa situación; y por otro, cumplida la



finalidad de la norma de impedir la compatibilidad de las dos percepciones, parece desajustada con la propia regulación legal la devolución íntegra de la totalidad de la prestación, cuando, como se ha dicho, durante el percibo de la prestación en la que no incide esa incompatibilidad existía realmente la inicial situación de desempleo protegida de la que derivó aquella única prestación."

Sentado lo anterior, la cuestión concreta a resolver es la de si resulta aplicable o no a este supuesto -de prestación de desempleo en la modalidad de pago único- la referida doctrina unificada para el caso de pago periódico de la prestación. Estimamos, con el Ministerio Fiscal, que la finalidad del pago único, como medida favorecedora del trabajo por cuenta propia, no implica que su naturaleza jurídica difiera de la prestación de desempleo fraccionada cuyo derecho deriva en ambos casos de una prestación de servicios por cuenta ajena anterior. No olvidemos que el importe de ese pago único es equivalente a la prestación periódica de los 720 días que le fueron reconocidos , a partir del 15/5/09 en que accede al desempleo.

**TERCERO.**- Lo razonado hasta ahora pone de manifiesto que la sentencia recurrida se atuvo a la buena doctrina al resolver el problema planteado en el sentido de ordenar el reintegro de lo percibido por desempleo durante el período coincidente con la percepción de salarios de tramitación, revocando en parte la decisión de instancia, que había estimado íntegramente la demanda del trabajador, lo que debe conducir ahora, tal y como propone el Ministerio Fiscal en su informe, a la desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el actor contra la sentencia dictada en suplicación, que queda firme. Sin costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

### FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Mario , contra la sentencia de 30 de enero de 2014 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) en el recurso de suplicación nº 2189/13 , formulado frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Almería de fecha 31 de julio de 2013 en autos nº 733/12 , seguidos a instancia de D. Mario contra el Instituto Nacional de Empleo sobre desempleo. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Órgano Jurisdiccional correspondiente ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.**- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jesus Souto Prieto hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.