



Roj: STS 4901/2013  
Id Cendoj: 28079140012013100664  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 2883/2012  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: SOCIAL  
Ponente: JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA  
Tipo de Resolución: Sentencia

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Septiembre de dos mil trece.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Don Pedro Antonio Martínez Contreras en nombre y representación de DON Vidal contra la sentencia dictada el 24 de mayo de 2012 por la Sala de lo **Social** del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en recurso de suplicación nº 2088/2011, interpuesto contra la sentencia de fecha 7 de marzo de 2011, dictada por el Juzgado de lo **Social** único de Algeciras, en autos núm. 496/2010, seguidos a instancias de DON Vidal contra SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL sobre DESEMPLEO.

Ha comparecido en concepto de recurrido SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL representado por el ABOGADO DEL ESTADO.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana,

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 7 de marzo de 2011 el Juzgado de lo **Social** único de Algeciras dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: " **1º.-** El actor, D. Vidal, mayor de edad, con DNI núm. NUM000, -en lo que ahora importa- fue parte actora en los autos de despido núm. 186/08 de este juzgado y en los que, el 18 de abril de 2008, se dictó sentencia (que es hoy firme) por la que fue declarado lo siguiente: Que el 25 de enero de 2008, el Sr. Vidal fue objeto de un despido improcedente por la mercantil Azula Constructores S.L., confiriéndose a ésta la opción de, a su voluntad, dejar definitivamente extinguida su relación laboral con dicho productor a fecha 25 de enero de 2008, pero abonándole la suma de 5.101,20 euros en concepto de indemnización, más los salarios de tramitación dejados de percibir desde el 26 de enero de 2008 y hasta el día de la notificación de la sentencia a dicha empleadora, conforme a un salario diario de 42,51 euros (salarios a los que habría que descontar, en su caso, los períodos que, con posterioridad a su despido, el demandante hubiera trabajado para otra u otras empresas); o bien, readmitirlo en su plantilla indefinida y con abono también de los salarios de tramitación dejados de percibir por éste desde el 26 de enero de 2008 y hasta el día de la readmisión (con la misma prevención anterior). **2.-** Instada por el actor la ejecución de la referida sentencia, ahora en los autos ejecutivos 120/2008, finalmente, el 5 de septiembre de 2008 recayó auto (que es también firme al día de hoy) por el que -de nuevo en lo que ahora importa- se declaraba lo siguiente: Extinguir, a dicha fecha (5 de septiembre de 2008), la relación laboral existente entre la mercantil Azula Constructora S.L. y D. Vidal, y se condenaba a ésta a abonarle la suma de 5.101,20 euros en concepto de indemnización y nada (0 euros) en concepto de salarios de tramitación\*. [(\*) Al no solicitarlos el actor, por encontrarse ya percibiendo la prestación por desempleo, como de inmediato se dirá.]. **3.-** E importa destacar que, una vez declarada, también por auto, la insolvencia provisional de la empresa en la meritada ejecución (a virtud de resolución de 10 de junio de 2009), el FOGASA reconoció al actor el derecho a percibir la suma de 4.144,73 euros en concepto de indemnización y nada (0 euros) en concepto de salarios de tramitación. **2º.-** 1.- Sentado lo anterior, e instada por el hoy actor al SPEE la oportuna prestación por desempleo y ante su despido precitado (acaecido el 26 de enero de 2008, cabe insistir), por resolución de 18 de febrero de 2008, el meritado organismo terminó reconociéndole la misma. 2.- No obstante, el 31 de agosto de 2009, y bajo el argumento de haberse producido una "resolución judicial, que determina su derecho a percibir los correspondientes salarios

de tramitación", el SPEE, en nueva resolución, comunicó al hoy demandante que: "Con fecha 25 de agosto de 2009, se ha procedido a cursar la baja en su derecho", confiriéndole "un plazo de 15 días, desde la notificación de esta comunicación, para presentar la nueva solicitud, a la que deberá acompañar un nuevo certificado de empresa en el que consten los períodos correspondientes a los salarios de tramitación". 3.- El 13 de noviembre de 2009, el SPEE dictó resolución (contra la que cabía reclamación previa a la vía jurisdiccional) por la que (en relación al trabajador) resolvió: 1º.- "Revocar la resolución de fecha 18 de febrero de 2008, por la que se (le) reconocía el derecho a las prestaciones por desempleo". 2º.- "Declarar la percepción indebida de prestaciones por desempleo, por una cuantía de 11.855,91 euros, correspondientes al período de 25 de enero de 2008 a 2 de julio de 2009". 4.- Contra esta última resolución (de 1 de diciembre de 2009), el actor interpuso, en fecha 14 de enero de 2010, la preceptiva reclamación administrativa y previa a la vía judicial, que fue inicialmente desestimada por silencio y más tarde, expresamente, por nueva resolución de 15 de marzo de 2010. Si bien, el 14 de enero de 2010, el actor instó de este juzgado (también contra la resolución de 13 de noviembre de 2009) la medida cautelar que fue acordada por auto de 12 de febrero de 2010 (y que doy por íntegramente reproducido, al estar unido al expediente administrativo); y más tarde, en concreto, el 31 de marzo de 2010, la demanda origen de las presentes actuaciones, a cuya virtud pretende el dictado de una sentencia por la que se declare lo siguiente: Que el demandante no ha percibido indebidamente la cantidad de 11.855,91 euros en concepto de prestaciones por desempleo y correspondientes al período: 25/I/08 a 2/VII/09."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Estimo íntegramente la demanda origen de las presentes actuaciones y en su consecuencia, anulo la resolución del SPEE de 1 de diciembre de 2009 que acuerda dejar sin efecto la prestación de desempleo reconocida a D. Vidal y reclamar el reintegro de lo percibido, debiendo estar y pasar el Organismo demandado por las consecuencias que para el mismo se derivan de esta anulación."

**SEGUNDO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL ante la Sala de lo **Social** del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, la cual dictó sentencia en fecha 24 de mayo de 2012, en la que consta el siguiente fallo: "Que debemos ESTIMAR y ESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal del Servicio Público de Empleo Estatal contra la sentencia de fecha 7/03/11, dictada por el juzgado de lo **social** Único de Algeciras, Autos nº 496/10., seguidos a instancia de D. Vidal, contra Servicio Público de Empleo Estatal, y, en consecuencia, REVOCAMOS la Resolución impugnada y absolvemos al organismo demandado de los pedimentos del actor. No se efectúa condena en costas."

**TERCERO.-** Por la representación de DON Vidal se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, el 14 de septiembre de 2012. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo **Social** del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en fecha 17 de noviembre de 2011.

**CUARTO.-** Con fecha 17 de enero de 2013 se admitió por esta Sala a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

**QUINTO.-** Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso PROCEDENTE, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon concluidos los autos, señalándose para votación y fallo el día 17 de septiembre de 2013, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- 1.** La cuestión planteada en el presente recurso de casación para unificación de doctrina consiste en determinar cuando es incompatible el cobro de prestaciones por desempleo con la percepción de salarios de tramitación según el artículo 209-5-a), de la Ley General de la **Seguridad Social** (L.G.S.S.) en la redacción que le dió la Ley 45/2002, en el particular en el que dispone: "Si el trabajador tiene derecho a los salarios de tramitación y no estuviera percibiendo las prestaciones comenzará a percibir las prestaciones con efectos desde la fecha en que finaliza la obligación del abono de dichos salarios; y si estuviera percibiendo las prestaciones dejará de percibir las prestaciones, considerándose indebidamente percibidas, y podrá volver a percibir las prestaciones 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, 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 el caso que contempla la sentencia recurrida, el trabajador demandante fue despedido el 25 de enero de 2008 y obtuvo sentencia favorable declarando improcedente su despido y condenando a la empresa a su opción a readmitirlo o a abonarle una indemnización de 5.101 euros, más los salarios de tramitación dejados de percibir. Instada la ejecución de esa sentencia, el 5 de septiembre de 2008 recayó auto extinguiendo la relación laboral y fijando el importe de la indemnización, pero no el de los salarios de tramitación"... al no solicitarlos el actor, por encontrarse ya percibiendo la prestación por desempleo". Declarada la insolvencia de la empresa, el FOGASA reconoció al trabajador el derecho a percibir una indemnización de 4.144'73 euros, pero no los salarios de trámite. En fechas concurrentes, al trabajador le fueron reconocidas las prestaciones por desempleo a partir del 26 de enero de 2008, prestaciones cuyo cobro se declaró indebido por el SPEE por resolución de 13 de noviembre de 2009, en la que se dejó sin efecto el reconocimiento del derecho, se declaró indebido lo cobrado desde el 25 de enero de 2008 al 2 de julio de 2009 y se pidió el reintegro de los 11.855'91 euros percibidos. Contra esa resolución administrativa presentó el beneficiario demanda pidiendo que se declarara que no había percibido indebidamente las prestaciones que le reclamaba la resolución que impugnaba, pretensión que fue estimada por la sentencia de instancia que fue revocada en suplicación por la sentencia objeto del presente recurso de casación unificadora, al entender la Sala de suplicación que el trabajador renunció a los salarios de tramitación que no le fueron abonados porque no los reclamó en el Juzgado, lo que impidió ajustar el cobro de esos salarios con el percibo de la prestación a reintegrar.

2. Como sentencia de contraste, a fin de acreditar la existencia de contradicción que viabiliza el recurso, conforme al art. 219 de la L.J .S., cita el recurso la sentencia dictada por la misma Sala de Sevilla el día 17 de noviembre de 2011 (R.S. 809/2011).

Se contempla en ella un supuesto, idéntico al presente porque se trata de un trabajador de la misma empresa, despedido en la misma fecha que el aquí recurrente, que obtuvo sentencia del mismo Juzgado también en la misma fecha, declarando igualmente improcedente el despido. En fase de ejecución de dicha sentencia se produjeron las mismas circunstancias: por Auto se declaró extinguida la relación laboral con efectos de 5 de septiembre de 2008 fijando la indemnización pero negándole salarios de tramitación por " *no solicitarlos el actor, por encontrarse ya percibiendo la prestación de desempleo ...*". Declarada la insolvencia de la empresa, el trabajador obtuvo del FGS el importe correspondiente a la indemnización pero no así salarios de tramitación. El SPEE había reconocido al trabajador prestación por desempleo desde el día siguiente al despido, si bien dictó nueva resolución declarando indebidas las prestaciones. Interpuesta demanda frente a dicha resolución del SPEE, el Juzgado de lo **Social** de Algeciras estimó su pretensión y, recurrida dicha sentencia en suplicación por parte del SPEE, la Sala del Tribunal Superior de Justicia, sin embargo, dictó sentencia en la que, analizando el art. 209.5 c) LGSS , para concluir que la acreditada falta de efectiva percepción por el trabajador de los salarios de tramitación resultaba decisiva para sostener que se ha producido su desprotección, y confirmaba así la sentencia del Juzgado.

Las sentencias comparadas son, pues, contradictorias en los términos requeridos por el art. 219 de la L.J .S., pues, ante supuestos fácticos y jurídicos similares, han recaído resoluciones contradictorias. Procede, por tanto, entrar a conocer del fondo del recurso y a unificar las doctrinas dispares que se han reseñado.

**SEGUNDO.-** La cuestión planteada ha sido ya resuelta por las sentencias de esta Sala de 23 de enero de 2013 (Rcud. 1446/2012 ), 5 de febrero de 2013 (Rcud. 1450/2012 ), 27 de marzo de 2013 (Rcud. 1837/2012 ) y 13 de mayo de 2013 (Rcud. 2098/2012 ), dictadas en supuestos como el que nos ocupa estimando que es más correcta la doctrina contenida en la sentencia de contraste, criterio que debe mantenerse en aras al principio de **seguridad** jurídica, al no ofrecerse razones que funden un cambio de criterio, motivo por el que reiteramos los argumentos de nuestras sentencias anteriores. En la primera de las sentencias citadas decíamos: "Partiendo del dato incontrovertido (común a las dos sentencias comparadas) de la falta de percepción efectiva por parte del trabajador de los salarios de tramitación. Conviene poner de relieve que dichos salarios de tramitación fueron incluidos en la condena a la empresa de la sentencia que declaró improcedente el despido y que, si no fueron percibidos por el trabajador a partir de dicha sentencia, fue a causa de la conducta o situación de la empresa".

"A partir de ahí, el Auto dictado en ejecución de sentencia los excluye de la liquidación sosteniendo que la percepción de prestaciones de desempleo determinaba una falta de reclamación por parte del trabajador. No consta que existiera una renuncia por parte del trabajador, salvo la mera información de que se hallaba percibiendo prestaciones de desempleo, por lo que la cuestión de la eventual incompatibilidad entre salarios de tramitación y prestaciones de desempleo no puede ser analizada desde la perspectiva de una decisión clara del trabajador de renunciar a los primeros, sino desde la consideración del hecho cierto e incontrovertido de su no percepción".

"El relación a la cuestión de la coincidencia en el tiempo de salarios de tramitación y prestaciones por desempleo, el art. 209.5 c) LGSS se refiere a los supuesto en que, en el proceso de despido, debiera haberse producido al readmisión, pero ésta no se produjo. De ahí que el precepto se refiere al percibo de prestaciones por parte del trabajador " *si no las estuviera percibiendo ...*". Sólo en el caso de estar percibiéndolas, se pone en marcha el complejo mecanismo de la restauración de la incompatibilidad, al que nos referíamos en la STS de 1 de febrero de 2011 (rcud. 4120/2009 , dictada por el Pleno de la Sala)".

"No siendo ello así; es decir, no habiéndose producido el doble y coincidente abono, resulta imposible considerar indebidas las prestaciones de desempleo, puesto que en el caso que se examina -igual que en el resuelto por la sentencia de contraste- el trabajador llevó a cabo de modo puntual toda la actividad procesal a su alcance para la ejecución de la sentencia que le había reconocido el derecho a tales salarios, acudiendo asimismo ante el FGS, tras ser declarada insolvente la empresa".

"Tuvimos ocasión de señalar en las SSTS de 26 de marzo de 2007 (rcud. 1646/2006 ) y 18 de mayo de 2011 (rcud. 3815/2010 ) que de lo que se parte en el art. 209 LGSS "... *es de que ha habido una doble percepción de salarios de tramitación y prestaciones de desempleo en el primer período de reconocimiento inicial de la prestación y esto hace que la solución del reintegro no pueda, en principio, aplicarse cuando, (...) , como consecuencia de la desaparición y/o insolvencia de la empresa, los salarios de tramitación no se han percibido. Si se aplicara esa solución, se produciría un grave y desproporcionado perjuicio al trabajador, que tendrá que devolver unas prestaciones que ha disfrutado por mandato de la Ley por una situación real de desempleo y cuando no ha surgido realmente ninguna causa de incompatibilidad, pues no ha percibido salario alguno en el período subsidiado*"."

**TERCERO.-** Procede estimar el recurso del trabajador y, en consecuencia, casamos y anulamos la sentencia recurrida y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, desestimamos el recurso de igual clase planteado por el SPEE y confirmamos la sentencia del Juzgado de instancia. Sin costas.

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

## FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Don Pedro Antonio Martínez Contreras en nombre y representación de DON Vidal contra la sentencia dictada el 24 de mayo de 2012 por la Sala de lo **Social** del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en recurso de suplicación nº 2088/2011 , interpuesto contra la sentencia de fecha 7 de marzo de 2011, dictada por el Juzgado de lo **Social** único de Algeciras, en autos núm. 496/2010, seguidos a instancias de DON Vidal contra SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, desestimamos el recurso de igual clase planteado por el SPEE y confirmamos la sentencia del Juzgado de lo **Social** nº 1 de Algeciras. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organo Jurisdiccional de procedencia ,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. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo **Social** del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.