

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**TRIBUNAL SUPREMO***Sentencia 322/2020, de 13 de mayo de 2020**Sala de lo Social**Rec. n.º 332/2018***SUMARIO:**

La protección por desempleo. Derecho de opción. Inicial reconocimiento de prestación por desempleo desde la fecha del despido que se ve afectada por el reconocimiento en sentencia de salarios de tramitación, habiendo encontrado el trabajador durante ese proceso un nuevo empleo que posteriormente se extingue. La extinción de la relación laboral se entiende, por sí misma y sin necesidad de impugnación, como causa de situación legal de desempleo con derecho a la prestación si se cumplen los requisitos exigidos. Ahora bien, eso que sería la regla general, encuentra sus matizaciones cuando nos encontramos con supuestos especiales como el que aquí se nos presenta, y que viene determinado por la percepción de salarios de tramitación seguida de una prestación de servicios en otro empleo. En cuanto a la percepción de salarios de tramitación y por el periodo coincidente en cada caso, es cierto que aquellos no provocan que se genere un nuevo derecho, sino que se mantiene, regularizado, el anterior. En el supuesto analizado, el trabajador estuvo percibiendo por mandato legal una prestación que, posteriormente, debía regularizarse, pero eso no significa, siempre y en todo caso, que el derecho haya nacido. El derecho fue reconocido y posteriormente regularizado, pero la repercusión de esa situación especial -periodo de salarios de tramitación cobrados, seguido de trabajo- realmente dejó inexistente la situación legal de desempleo. Así es, el trabajador desde el despido tuvo un periodo en el que percibió salarios de tramitación y, por tanto en ese tiempo pudo generar situación legal de desempleo que solo podía nacer a partir del transcurso de aquel periodo, siempre y cuando siguiera en desempleo tras su conclusión. Otra cosa es que el trabajador estuviera percibiendo salarios de tramitación desde el despido hasta el nuevo empleo -unos veinte días aproximadamente-. En este caso, no es posible entender que se hubiera generado la situación protegida, porque los salarios no son compatibles con la prestación ni tampoco con estar trabajando. Solo si tras aquel cobro de FOGASA de parte de los salarios de tramitación hubiera seguido en desempleo, la regularización hubiera mantenido la situación protegida. Y eso es lo que sucede en este caso en el que el trabajador, realmente, no estuvo desprotegido al percibir desde el cese salarios de tramitación por veinte días para sin solución de continuidad, pasar a prestar servicios percibiendo los salarios correspondientes. La nueva relación laboral no solo tiene repercusión sobre los salarios de tramitación, sino que, además, tiene su efecto específico sobre el derecho a la protección por desempleo que no cabe ignorar. No nace la situación legal de desempleo cuando se perciben salarios de tramitación seguidos de un nuevo empleo porque no hay desempleo que atender. A partir de ahí, la extinción de la nueva relación laboral ha generado un nuevo derecho que no le permite al trabajador ejercer el derecho de opción establecido en el art. 210.3 de la LGSS, cuando se le reconoce la nueva prestación por desempleo, dado que la anterior prestación no llegó a nacer ni, por tanto, tampoco pudo verse ni suspendida ni extinguida ni, por consiguiente, se podía recuperar. Es cierto que este nuevo derecho se genera bajo una legislación menos ventajosa que la existente bajo el anterior régimen legal, pero ello hubiera sido indiferente si la anterior prestación hubiera nacido y como no ha sido así, por consiguiente, no puede tener derecho de opción alguno.

PRECEPTOS:

RDLeg 1/1994 (TRLGSS), arts. 207 c), 208.1.1 c), 210.3 y 211.3.

RDLeg 1/1995 (TRET), art. 56.1 b).

PONENTE:*Doña María Luz García Paredes.*

Magistrados:

Don ROSA MARIA VIROLES PIÑOL
Don ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO
Don MARIA LUZ GARCIA PAREDES
Don RICARDO BODAS MARTIN
Don IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 332/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Luz García Paredes

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 322/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D.^a. María Luz García Paredes

D. Ricardo Bodas Martín

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 13 de mayo de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Mario, asistido de la Letrada D.^a María Teresa García Castillo, contra la sentencia dictada el 14 de septiembre de 2017, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en el recurso de suplicación núm. 1013/2016, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Cartagena, de fecha 30 de septiembre de de 2015, recaída en autos núm. 313/2015, seguidos a instancia de D. Mario frente al Servicio Público de Empleo estatal, sobre desempleo.

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

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María Luz García Paredes.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Con fecha 30 de septiembre de 2015, el Juzgado de lo Social nº 1 de Cartagena, dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO . El demandante fue despedido por la empresa. "Mantenimiento Naval e Industrial Cartago, S.L." en fecha 25-11-11.

SEGUNDO. El organismo demandado reconoció al actor el derecho a percibir prestación contributiva por desempleo con efectos de 26-11-11, base reguladora diaria de 66, 39 euros, importe del 70% de la base y duración de 720 días.

TERCERO. En fecha 18-6-12 se dictó sentencia en la que se declaró la improcedencia del despido y se declaró extinguida (con efectos de la misma fecha) relación laboral, reconociendo al actor el derecho a percibir, salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de la extinción.

CUARTO. El demandante inició una nueva relación laboral el 12-12-11.

QUINTO. En fecha 18-6-14 el Fondo de Garantía Salarial comunicó al Servicio Público de Empleo Estatal que había abonado al actor la cantidad de 3. 478, 33 euros por salarios de tramitación, correspondiente a 69, 85 días.

SEXTO. El 19-11-14 el Servicio Público de Empleo Estatal emitió comunicación de propuesta de revocación de la prestación por desempleo, informando al actor kde su derecho a . presentar nueva solicitud.

SÉPTIMO. El 20-1-15 Se dictó resolución en la que revocaba la' prestación reconocida, declarando la percepción indebida de la cantidad de 20. 407, 84 euros.

OCTAVO. Presentada nueva solicitud por el actor por la extinción de su relación laboral el 29-4-13, organismo demandado dictó resolución en la fecha indicada en el párrafo anterior, en la que reconocía la prestación por desempleo con efectos de 30-4-13, base reguladora diaria de 46,25 euros, importe del 50% de la base reguladora y duración de 720 días.

NOVENO. Disconforme con la anterior resolución, demandante interpuso reclamación administrativa previa, que fue desestimada por el organismo demandado".

En dicha sentencia consta el siguiente fallo: "Que desestimando la demanda interpuesta por D. Mario, absuelvo al SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL de las pretensiones deducidas en su contra".

Segundo.

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de D. Mario, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, la cual dictó sentencia en fecha 14 de septiembre de 2017, en la que consta el siguiente fallo: "Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por D. Mario, contra la sentencia número 386/2015 del Juzgado de lo Social número 1 de Cartagena, de fecha 30 de septiembre, dictada en proceso número 313/2015, sobre DESEMPLEO, y entablado por D. Mario frente al SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL y confirmar como confirmamos el pronunciamiento de instancia.- Dese a los depósitos, si los hubiera, el destino legal".

Tercero.

Por la representación de D. Mario, se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en fecha 3 de octubre de 2016 (RSU 282/2016).

Cuarto.

Por providencia de esta Sala de 12 de abril de 2018, se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Quinto.

Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente.

Sexto.

Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 2 de abril de 2020, fecha en que tuvo lugar.

Se inició la deliberación telemáticamente el día 2 de abril de 2020, en el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, con varias prórrogas, y se concluyó en la fecha de su firma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. *Planteamiento del recurso.*

1.- Objeto del recurso.

La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si el demandante, que ha cesado en un nuevo empleo, ostenta el derecho a optar por la prestación por desempleo que le fue reconocida tras su despido pero luego se vio revocada al serle reconocido el derecho de salarios de tramitación percibidos y seguidos de un nuevo empleo.

La parte actora ha formulado el citado recurso contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Murcia, de 14 de septiembre de 2017, en el recurso de suplicación 1013/2016, en la que desestima el recurso interpuesto por el demandante frente a la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Cartagena, dictada en los autos 313/2015, el día 30 de septiembre de 2016, desestimatoria de la demanda en la que se impugnaba la resolución de 30 de marzo de 2015, y se interesaba el reconocimiento del derecho a nueva prestación por 720 días desde el 26 de noviembre de 2011 al 25 de noviembre de 2013, en el 70% de la base reguladora de 66,39 euros, con la regularización por salarios de tramitación del 26 de noviembre de 2011 al 11 de diciembre de 2011 (16 días).

En dicho recurso de unificación de doctrina se invoca como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Murcia, de 3 de octubre de 2016, rec. 282/2016.

2.- Impugnación del recurso.

El Abogado del Estado ha impugnado el recurso considerando que no existe contradicción entre las sentencias porque, aunque en ambas se trata la incompatibilidad con salarios de tramitación de la prestación, sus fallos no son contrarios ya que en la de contraste hay una estimación parcial, con compensación de lo indebidamente percibido.

En todo caso, entiende que lo que pretende el demandante es un derecho al margen de los requisitos que deben reunirse para obtenerlo. Así, la nueva prestación solo se puede generar a partir de que dejan de percibirse esos salarios de tramitación. Por tanto, si el subsidio asistencial es posterior a la regularización, la norma aplicable no puede ser la anterior al tiempo en que concurre la incompatibilidad.

3.- Informe del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal emite informe en el que considera que el recurso incurre en defectos formales, como el relativo a la falta del núcleo de la contradicción ni el análisis comparativo de la misma. Del mismo modo, entiende que no hay denuncia de la infracción legal cometida por la sentencia recurrida.

Además, en cuanto a la cuestión de fondo, al haber comenzado el demandante el día 12 de diciembre de 2012 una nueva relación laboral, antes de concluir el periodo de salarios de tramitación, por lo que no pudo nacer el derecho a la prestación si no hay nueva situación legal de desempleo.

Segundo. *-Sentencia recurrida.*

1.- Hechos probados de los que se debe partir

Según los hechos probados, el demandante fue despedido el 25 de noviembre de 2011, siendo declarado el despido como improcedente, por sentencia de fecha 15 de junio de 2012 que declaró extinguida la relación laboral con efectos de esa fecha y derecho a salarios de tramitación desde el despido hasta la extinción. Antes, el 12 de diciembre de 2011, ya había iniciado otra relación laboral. El SPEE reconoció al demandante la prestación

por desempleo con una duración de 720 días, desde el 26 de noviembre de 2011 al 25 de noviembre de 2013, en el 70% de la base reguladora de 66,39 euros. El FOGASA abonó al trabajador 3.478,33 euros por salarios de tramitación correspondiente a 69,85 días.

El 19 de noviembre de 2014, el SPEE emitió propuesta de revocación de la prestación, siendo emitida el 20 de enero de 2015 la resolución que así lo declaraba, con percepción indebida de la cantidad de 20.407,84 euros.

El demandante presenta nueva solicitud al extinguirse su relación laboral el 29 de abril de 2013, dictándose resolución el 20 de enero de 2015 en la que se reconoce la prestación por desempleo con efectos de 30 de abril de 2013, base reguladora de 46.25 euros, en el 50% y por 720 días. Disconforme con esta resolución, presenta demanda.

La sentencia del Juzgado de lo Social desestimó la demanda porque al momento de finalizar el periodo afecto a salarios de tramitación el demandante estaba trabajando con lo cual no tenía una situación legal de desempleo.

2.- Debate en la suplicación.

La parte actora interpone el recurso interpone recurso de suplicación, entendiendo que procede la reanudación de la prestación por desempleo, en los mismos términos que la que le fue dejada sin efecto.

La Sala de lo Social del TSJ dicta sentencia en sentido desestimatorio del recurso entendiendo que el reconocimiento de prestación que tuvo en su día era provisional, condicionado a las resultas del proceso de despido y siendo que se le reconocieron salarios de tramitación que fueron percibidos, en ese periodo no podía generar prestación por desempleo siendo de aplicación el art. 209.4 y 209.5 a) de la LGSS. Además, dado que cuando se dejaron de percibir salarios de tramitación el demandante tenía otro empleo, la prestación nueva no puede generarse hasta que se vuelva a encontrar en situación legal de desempleo, no pudiendo retomar la anterior.

Tercero. - Examen de la contradicción

1.- Doctrina general en materia de contradicción.

El art. 219.1 de LRJS, para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina y en atención a su objeto, precisa de la existencia de sentencias contradictorias entre sí, lo que se traduce en que contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales".

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

2.- Sentencia de contraste

La sentencia de contraste, dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Murcia, de 3 de octubre de 2016, rec. 282/2016, resuelve una demanda en la que se reclama la prestación por desempleo.

Los hechos probados de dicha resolución judicial refieren que el trabajador fue despedido el 25 de noviembre de 2011, siéndole reconocida por el SPEE una prestación por 660 días, en el 70% de la base reguladora de 59,67 euros. El 21 de marzo de 2012 se dictó sentencia reconociendo la improcedencia del despido, con extinción de la relación laboral y salarios de tramitación hasta esa fecha. Con anterioridad, el 13 de diciembre de 2011, el demandante obtuvo empleo. El FOGASA abonó al demandante 1.001,28 euros por salarios de tramitación, correspondientes a 20,11 días. El SPEE dicta propuesta de resolución de revocación de la prestación de desempleo que reconoció, siendo emitida la misma el 20 de enero de 2015, y declarando la percepción indebida de 18.100,02 euros. El trabajador que extinguió su nueva relación laboral el 29 de abril de 2013, solicita

la prestación por desempleo, siéndole reconocida con efectos de 30 de abril de 2012, sobre una base reguladora de 59,61 euros y en el 50%, por un periodo de 660 días. Posteriormente se dicta otra resolución en la que se reconoce el 70% de la base reguladora en los primeros 180 días y 50% a partir del día 181 y como cobro indebido el importe de 2.748,62 euros. Disconforme el trabajador con dicha decisión, presenta demanda y el Juzgado de lo Social desestimada la demanda. El actor recurre en suplicación.

La Sala de suplicación estima parcialmente el recurso sobre los siguientes argumentos jurídicos. Esencialmente, la aplicación del art. 210.3 de la LGSS que permite optar al trabajador entre la nueva prestación o la previa no agotada. Por ello, estima en parte la pretensión del demandante, dejando sin efecto la revocación de la prestación de 2011, otorgando al demandante el derecho de opción entre la prestación reconocida en la resolución impugnada o la que le reste por percibir de la de 2011, sin perjuicio de que la Entidad Gestora compense lo indebidamente percibido desde el 26 de noviembre de 2011.

3.- Sentencias con pronunciamientos contradictorios

Entre las sentencias existe la identidad necesaria para apreciar que sus pronunciamientos son contradictorios.

Previamente y en respuesta a las alegaciones del Ministerio Fiscal, debemos indicar que el escrito de formalización del recurso se presenta como suficiente a efectos de tener por cumplido el requisito de relacionar de forma precisa y circunstanciada la contradicción existente entre las sentencias comparadas, máxime cuando, como ya indica el propio escrito, estamos ante supuestos que afectan a trabajadores que fueron despedidos en la misma fecha y con idénticas situaciones, sin que el modo en el que se ha realizado en este caso aquella relación de identidades haya causado indefensión a la parte recurrida que ni tan siquiera expone nada en ese sentido.

En efecto, tanto la correlación de hechos como las fechas en las que se produjeron son similares, teniendo en los dos casos la entidad gestora de la prestación por desempleo similares decisiones en orden a los derechos de los respectivos demandantes, con lo cual la contradicción es evidente al darse distinta y contraria respuesta en cada caso por las sentencias contrastadas.

A ello no se opone el hecho de que en la sentencia de contraste se le haya estimado parcialmente el recurso al trabajador recurrente ya que, en definitiva, lo relevante es si ostenta el derecho a recuperar aquella prestación por desempleo que fue revocada por abarcarse durante la misma periodo de salarios de tramitación, siendo esa situación la misma en ambos casos pero resuelta de forma contraria en cada sentencia ya que, en definitiva, en la de contraste se le reconoce al demandante el derecho de opción, cosa que no sucede en la recurrida.

Cuarto. Planteamiento del motivo relativo a la infracción de norma y su fundamentación.

El Ministerio Fiscal ha denunciado que el escrito de interposición del recurso no reúne el requisito de cita del precepto legal infringido ni su fundamentación. Pues bien y sin que sea necesario recordar en este momento la doctrina constata de esta Sala en orden al cumplimiento de las exigencias que el recurso de casación para la unificación de doctrina requiere, aquella alegación debe ser rechazada ya que, aunque sin una formalidad exacta en el planteamiento, es lo cierto que en el escrito de recurso se identifican las normas que se entienden infringidas y con suficiente y elemental fundamentación y ello, una vez más, no le ha causado indefensión a la parte recurrida que se ha opuesto al recurso por los motivos de fondo.

Quinto. - Motivo de infracción de norma sustantivas

1.- Preceptos legales denunciados como infringidos.

La parte recurrente denuncia como normas infringidas los siguientes preceptos legales: art. 210.3 y 211.3 de la LGSS, en la redacción anterior a la dada por la Ley 3/2012.

Según dicha parte, la sentencia recurrida incurre en la infracción de aquellos preceptos por cuanto que la sentencia de contraste es la que contiene la doctrina correcta al reconocer el derecho a optar por la prestación por desempleo que le fue reconocida tras el despido que sufrió en 2011.

2.- Normativa a considerar

a.- Dado que, como refieren las sentencias contrastadas, al estar en debate dos situaciones que se quieren calificar como generadoras de situación legal de desempleo, como luego se verá, resulta que cada una de ellas se han producido bajo dos regímenes jurídicos diferentes.

Por un lado, tenemos la que se produce con el despido de 2011 y durante la pendencia del proceso judicial en el que se impugnó, momento en el que la normativa en la materia era la recogida en la LGSS de 1994, en la redacción dada por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre y, por tanto, anterior a la reforma operada más tarde por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, que vino a reducir los porcentajes aplicables a las bases reguladoras, siendo bajo esta nueva previsión legal cuando se produce la otra situación de desempleo, provocada por la finalización del contrato que ha generado la prestación que ha dado lugar a la resolución administrativa que es objeto del proceso.

Comenzando por examinar en derecho la situación que provocó el despido de 25 de noviembre de 2011 debemos recordar que, con carácter general, el régimen jurídico en la materia disponía que para tener derecho a las prestaciones era necesario encontrarse en situación legal de desempleo, tal y como señalaba el art. 207 c) de la LGSS 1994. En dicha situación se encontraba el trabajador que había sido objeto de un despido (art. 208.1.1 c) de la citada LGSS). Según disponía el art. 209, las personas que alcanzaban aquellos requisitos, entre ellos el de estar en situación legal de desempleo, debían solicitar la prestación a la entidad gestora para que por ésta les sea reconocido el derecho que "nacerá" a partir de que se produzca la situación legal de desempleo.

Esa previsión normativa arrancaba del art. 1º.1 de la Ley 31/84, de 2 de agosto, de protección por desempleo, en la que se afirma que se encuentran en esta contingencia quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierden su empleo o ven reducida su jornada ordinaria de trabajo, en los términos previstos en el artículo 6º. En el artículo 5º.1 c) se concretaba más ese concepto de pérdida del empleo al indicarse que, para tener derecho a las prestaciones por desempleo, los trabajadores deberán encontrarse en situación legal de desempleo. Y el artículo 7º.1 decía que nacerá el derecho a las prestaciones a partir de la situación legal de desempleo.

Es marco general estaba acompañado de situaciones especiales como las que contempla aquel art. 209. Así tenemos la regulada en su apartado 4 que, ciertamente y para los supuestos de proceso judicial de despido, fija la situación legal de desempleo una vez que hubiera transcurrido el período que correspondía a salarios de tramitación. Dicho precepto decía "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. En el caso de existir período que corresponda a salarios de tramitación el nacimiento del derecho a las prestaciones se producirá una vez transcurrido dicho período que deberá constar en el Certificado de Empresa a estos efectos.

El ejercicio de la acción contra el despido o extinción no impedirá que se produzca el nacimiento del derecho a la prestación"

Tal previsión, además, era acorde con las del apartado 5 de dicho precepto que vino a considerar como indebidamente percibidas las prestaciones que se hayan cobrado durante aquel periodo de salarios diciendo que volverá a percibir las con efectos desde la fecha en que finaliza la obligación del abono de dichos salarios. Así se decía en él que " En las resoluciones recaídas en procedimientos de despido o extinción del contrato de trabajo:

a) Cuando, como consecuencia de la reclamación o el recurso, el despido sea considerado improcedente y se opte por la indemnización:

Si el trabajador no tiene derecho a los salarios de tramitación continuará percibiendo las prestaciones por desempleo o, si no las estuviera percibiendo, comenzará a percibir las con efectos desde la fecha del cese efectivo en el trabajo, siempre que se cumpla lo establecido 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.

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 ; y si estuviera percibiendo las prestaciones dejará de percibir las, considerándose indebidamente percibidas, 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, 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"

Además, el art. 213.1 decía que "El derecho a la percepción de la prestación por desempleo se extinguirá en los casos siguientes

d) Realización de un trabajo por cuenta ajena de duración igual o superior a doce meses, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3 del artículo 210, o realización de un trabajo por cuenta propia, por tiempo igual o superior a veinticuatro meses

Por su parte, el art. 5 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo dispone que el derecho a la prestación nace al día siguiente al de la situación legal de desempleo. Igualmente, el art. 14 dispone que "Cuando se haya extinguido el derecho a la prestación o subsidio por desempleo, el trabajador podrá obtener de nuevo el reconocimiento del derecho si vuelve a encontrarse en situación legal de desempleo y reúne los requisitos exigidos al respecto".

b. Si el régimen expuesto afecta a la situación creada con el despido de 2011, la otra que se produce tras la extinción del contrato de trabajo que, firmado en diciembre de 2011, finalizó el 29 de abril de 2013, está bajo el cobijo de la nueva redacción que se dio al art. 209.5 a) y al art. 211 por la Ley 3/2012, si bien, y como diremos más adelante, ello no es relevante en tanto que, ciertamente, el demandante no cuestiona la realidad del derecho que se le ha reconocido bajo ese nuevo régimen sino que su pretensión gira en mantener el derecho que entiende nacido en 2011 y con base en un precepto que, en todo caso, no ha sufrido modificación.

Eso es, el art. 210.3 en el que se dice que "Cuando el derecho a la prestación se extinga por realizar el titular un trabajo de duración igual o superior a doce meses, éste podrá optar, en el caso de que se le reconozca una nueva prestación, entre reabrir el derecho inicial por el período que le restaba y las bases y tipos que le correspondían, o percibir la prestación generada por las nuevas cotizaciones efectuadas. Cuando el trabajador opte por la prestación anterior, las cotizaciones que generaron aquella prestación por la que no hubiera optado no podrán computarse para el reconocimiento de un derecho posterior, de nivel contributivo o asistencial.

3.- Doctrina precedente de la Sala.

a.- Para una mejor comprensión de la interpretación que esta Sala ha alcanzado en orden a la anterior regulación, parece oportuno recordar aquella doctrina que, en relación con la situación legal de desempleo y antes del año 2002, venía diciendo que era necesaria la sentencia que declarase el despido como improcedente para que tuviera existencia la situación protegida, distinguiendo entre el momento del nacimiento de la situación legal de desempleo de aquel otro en el que se tiene por extinguida la relación laboral. Esa doctrina vino a señalar que "una vez reconocida formalmente la situación protegida (en conciliación, sentencia o auto), puede entenderse que la situación se produjo ya en el momento del despido, y ello aun cuando sus efectos, en cuanto al comienzo de la protección, no tengan lugar hasta ese momento posterior del reconocimiento formal" [STS de 30 de abril de 1996, rcud 2128/1995 y las que en ella se citan]. Doctrina que incidiría en la reforma que introdujo la Ley 45/2002, en donde la situación legal de desempleo ya se identifica con el mismo momento del despido pudiendo reconocerse desde entonces. Como dijo la STS de 26 de marzo de 2007, rcud 1646/2006, la finalidad de aquella reforma fue doble: " 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. Para ello, se parte del abono de las prestaciones a partir del despido, pero, si con posterioridad la calificación de éste implica el abono de salarios de tramitación con cargo a la empresa, la doble percepción se evita mediante el reintegro de las prestaciones - prestaciones en sentido estricto y cuotas- y la apertura de un nuevo periodo de desempleo protegido a partir de la calificación. Las variantes en función de la asunción del reintegro (compensación de las prestaciones percibidas en el primer periodo por las que han de reconocerse para el segundo; reintegro por el trabajador o reintegro por el empresario) son instrumentales respecto a la idea general que preside el reajuste".

Evidentemente, aquella regulación requirió de más interpretaciones, a raíz de las diferentes situaciones que se iban produciendo. Así, fue preciso especificar el alcance de la confluencia de la prestación con los salarios

de tramitación y la posición del trabajador frente a su derecho prestacional y a la Entidad Gestora, partiendo de la evidente incompatibilidad de ambas percepciones.

En efecto, se ha venido entendiendo que la prestación por desempleo es compatible con los salarios de tramitación cuando éstos no se han percibido. Así lo sostuvo la sentencia que antes hemos citado y otras posteriores, como las 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, 13 de mayo de 2013, rcud. 2098/2012, y 18 de septiembre de 2013, rcud 2883/2013, en las que se dijo que "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 [...] 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".

b.- Junto a ello, y para el caso de que el trabajador haya percibido los salarios de tramitación, la situación ha sido valorada por esta Sala diciendo que, si durante el proceso de despido el trabajador es receptor de la prestación por desempleo y posteriormente se declara su derecho a salarios de tramitación, por despido improcedente, nos encontramos ante una sola prestación cuyo reconocimiento inicial se produce tras el acto de despido. Así se ha dicho que "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 período 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 [...] 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" [STS de 1 de febrero de 2011, rcud 4120/2009].

4.- Supuesto especial.

La doctrina anterior viene a pronunciarse en supuestos en los que hay una concurrencia de salarios de tramitación, cobrados o no, con percibo de prestaciones por desempleo y la regularización con la entidad gestora, pero no se refieren a la específica situación que aquí se nos ha presentado cual es la aquella en la que, tras esa concurrencia de salarios de tramitación percibidos el trabajador, sin solución de continuidad, el trabajador encuentra otro empleo.

Recordemos que las circunstancias fácticas a destacar, por tanto, son que el trabajador obtuvo derecho a salarios de tramitación desde el despido (25/11/11) hasta la fecha de la extinción de la relación laboral que lo fue por sentencia (15/06/12). Así mismo que se inició una nueva relación laboral, que además de resulta incompatible con salarios de tramitación lo es también con cualquier derecho a la protección por desempleo (12-13/12/11). Y que los salarios de tramitación que percibieron los trabajadores se corresponden con los abonados por el FOGASA (69,85 días en la recurrida, o 20,11 días, en la de contraste).

La sentencia recurrida niega la existencia del derecho prestacional a la primera situación legal de desempleo porque entiende que aquella solo se podía generar a partir de que se dejaron de percibir salarios de tramitación y dado que durante ese período el trabajador estuvo empleado nunca llegó a nacer el derecho prestacional, mientras que en la sentencia de contraste, se entiende que aquel derecho se generó y tan solo se procedió a su regularización.

La sentencia recurrida es la que contiene la doctrina correcta.

En efecto, la extinción de la relación laboral se entiende, por sí misma y sin necesidad de impugnación, como causa de situación legal de desempleo, con lo cual los trabajadores de las sentencias contrastadas, tras el despido de 25 de noviembre de 2011, estaban en situación legal de desempleo y con derecho a la prestación que le fue reconocida.

Ahora bien, eso que sería la regla general, encuentra sus matizaciones cuando pasamos a tener los supuestos especiales como los que aquí tenemos, tales como los de percepción de salarios de tramitación a lo que le sigue una prestación de servicios en otro empleo.

En cuanto a la percepción de salarios de tramitación y por el periodo coincidente en cada caso, es cierto que, como aprecia la sentencia la sentencia de contraste, la percepción de aquellos salarios no provoca que se genere un nuevo derecho sino que se mantiene, regularizado, el anterior. El trabajador estuvo percibiendo por mandato legal una prestación que, posteriormente, debía regularizarse pero ello no significa, siempre y en todo caso, que el derecho haya nacido. El derecho fue reconocido y posteriormente regularizado pero la repercusión de esa situación especial -periodo de salarios de tramitación cobrados, seguido de trabajo- realmente dejó inexistente la situación legal de desempleo.

Así es, el trabajador desde el despido tuvo un periodo en el que ha percibido salarios de tramitación y, por tanto en ese tiempo pudo generar situación legal de desempleo que solo podía nacer a partir del transcurso de aquel periodo y siempre y cuando siguiera en desempleo tras su conclusión. Esa es la previsión legal y lo que hasta el momento ha venido señalando esta Sala.

Otra cosa es que los trabajadores estuvieron percibiendo salarios de tramitación desde el despido y hasta el nuevo empleo -unos veinte días aproximadamente-, en este caso no es posible entender que se hubiera generado la situación protegida porque los salarios no son compatibles con la prestación ni tampoco estar trabajando. Solo si tras aquel cobro de FOGASA de parte de los salarios de tramitación hubieran seguido en desempleo, la regularización hubiera mantenido la situación protegida.

Y eso es lo que sucede en este caso en el que el trabajador, realmente, no estuvo desprotegido al percibido desde el 26 de noviembre de 2011 salarios de tramitación por veinte días para sin solución de continuidad, pasar a prestar servicios percibiendo los salarios correspondientes. La nueva relación laboral, no solo tendría repercusión sobre los salarios de tramitación, a tenor de lo dispuesto en el art. 56.1 b) del ET 1995 y doctrina de esta Sala, como recuerda la STS de 12 de marzo de 2013, rcud 1042/2012, sino que, además tiene su efecto específico sobre el derecho a la protección por desempleo que no cabe ignorar. No nace la situación legal de desempleo, cuando se perciben salarios de tramitación seguidos de un nuevo empleo porque no hay desempleo que atender

A partir de ahí, la extinción de la nueva relación laboral, ocurrida el 29 de abril de 2013, ha generado un nuevo derecho que no le permite al trabajador ejercer el derecho de opción establecido en el art. 210.3 de la LGSS, cuando se le reconoce la nueva prestación por desempleo, dado que la anterior prestación no llegó a nacer ni, por tanto, tampoco pudo verse ni suspendida ni extinguida ni, por consiguiente, se podía recuperar. Es cierto que este nuevo derecho se genera bajo una legislación menos ventajosa que la existente bajo el anterior régimen legal pero ello hubiera sido indiferente si la anterior prestación hubiera nacido y como no ha sido así, por consiguiente, no puede tener derecho de opción alguno.

Esta misma doctrina es la que se ha seguido en la sentencia del rcud. 4478/2017.

Sexto.

- Lo anteriormente razonado, oído el Ministerio Fiscal, permite concluir en el sentido de entender que la doctrina correcta se contiene en la sentencia recurrida, que debe confirmarse, sin imposición de costas, a tenor del art. 235 de la LGSS.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

:

1.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Mario, asistido de la Letrada D^a María Teresa García Castillo.

2.- Confirmar la sentencia recurrida, dictada el 14 de septiembre de 2017, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en el recurso de suplicación núm. 1013/2016, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Cartagena, de fecha 30 de septiembre de 2015, recaída en autos núm. 313/2015, seguidos a instancia de D. Mario frente al Servicio Público de Empleo estatal, sobre desempleo.

3.- Sin imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.