

**Id. Cendoj:** 28079140012013100937  
**Organo:** Tribunal Supremo. Sala de lo Social  
**Sede:** Madrid  
**Sección:** 1  
**Tipo de Resolución:** Sentencia

**Fecha de resolución:** 04/12/2013

**Nº Recurso:** 62/2013

**Ponente:** MIGUEL ANGEL LUELMO MILLAN

**Procedimiento:** SOCIAL

**Idioma:** Español

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Social**

### **SENTENCIA:**

**Presidente Excmo. Sr. D.:** Jesús Gullón Rodríguez

**Fecha Sentencia:** 04/12/2013

**Recurso Num.:** UNIFICACIÓN DOCTRINA 62/2013

**Fallo/Acuerdo:**

**Votación:** 27/11/2013

**Procedencia:** T.S.J.ANDALUCIA SOCIAL

**Ponente Excmo. Sr. D.** Miguel Ángel Luelmo Millán

**Secretaría de Sala:** Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

**Reproducido por:** BAA

**Nota:**

***Desempleo. Reintegro de prestaciones por el trabajador por el período correspondiente a salarios de tramitación no percibidos. No procede al no haber existido doble abono de los referidos salarios y prestaciones en el mismo tiempo. Reitera doctrina.***

**Recurso Num.:** /62/2013

**Ponente Excmo. Sr. D.:** Miguel Ángel Luelmo Millán

**Votación:** 27/11/2013

**Secretaría de Sala:** Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

**SENTENCIA NUM.:**

**TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO SOCIAL**

**Excmos. Sres.:**

**D. Aurelio Desdentado Bonete**

**D<sup>a</sup>. María Milagros Calvo Ibarlucea**

**D. Jordi Agustí Juliá**

**D. José Manuel López García de la Serrana**

**D. Miguel Ángel Luelmo Millán**

En la Villa de Madrid, a cuatro de Diciembre de dos mil trece. Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la UNIFICACIÓN DE DOCTRINA, interpuesto por DON Aurelio, representado y defendido por el Letrado D. Pedro Antonio Martínez Contreras, contra la sentencia de fecha 12 de julio de 2012 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, en el recurso de suplicación núm. 2602/2011, formulado frente a la sentencia de fecha 18 de abril de 2011, dictada en autos 444/2010 por el Juzgado de lo Social Unico de Algeciras, seguidos a instancia de D. Aurelio, contra el SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL, sobre DESEMPLEO.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida el SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL, representado y defendido por el Abogado del Estado D. Luis Fernando Rey Huidobro.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Miguel Ángel Luelmo Millán** ,

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 18 de abril de 2011, el Juzgado de lo Social Unico de Algeciras, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "FALLO: 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. Aurelio 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".

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- 1.- El actor, D. Aurelio, mayor de edad, con DNI núm. NUM000, -en lo que ahora importa- fue parte actora en los autos de despido núm. 188/08 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. Aurelio 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 5.402,93 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 43,66 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 119/2008, 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. Aurelio, y se condenaba a ésta a abonarle la suma de 5.402,93 euros en concepto de indemnización y 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 4.366,00 euros en concepto de indemnización y nada (0 euros) en concepto de salarios de tramitación.

SEGUNDO.- 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 14 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 24 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 1 de diciembre 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 14 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 6.978,24 euros, correspondientes al período de 26 de enero de 2008 a 1 de julio de 2009".

4.- Contra esta última resolución (de 1 de diciembre de 2009), el actor interpuso, en fecha 13 de enero de 2010, la preceptiva reclamación administrativa y previa a la vía judicial, que fue inicialmente desestimada por silencio. Si bien, el 18 de marzo de 2010 formuló 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 6.978,24 euros en concepto de prestaciones por desempleo y correspondientes al período: 26/1/08 a 1/7/09".

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, dictó sentencia con fecha 12 de julio de 2012, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "FALLAMOS: Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por Servicio Publico Empleo Estatal, contra la sentencia de fecha 18/04/2011 dictada por el Juzgado de lo Social de ALGECIRAS en virtud de demanda sobre DESEMPLEO, formulada por Aurelio, contra Servicio Publico Empleo Estatal, debemos revocar y revocamos la sentencia de instancia para desestimar la demanda del trabajador absolviendo a la demandada de los pedimentos de la parte actora".

**TERCERO .-** Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de DON Aurelio, el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, de fecha 17 de noviembre de 2011, así como la infracción de lo dispuesto en el art. 209.5 en sus apartados a, b y c de la Ley General de la Seguridad Social, en su redacción de la Ley 42/2006 de 28 de diciembre

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de fecha 4 de abril de 2013, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

**QUINTO** .- Evacuado el trámite de impugnación, pasó todo lo actuado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminando en el sentido de considerar el recurso procedente.

**SEXTO** .- En Providencia de fecha 24 de septiembre de 2013 y por necesidades de servicio se designó como nuevo Ponente al Magistrado Excmo. Sr. D. Miguel Ángel Luelmo Millán, señalándose para la votación y fallo del presente recurso el 27 de noviembre de 2013, fecha en que tuvo lugar.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** El trabajador demandante recurre en casación unificadora la sentencia de suplicación que acogió el recurso de tal clase del SPEE y revocó la sentencia de instancia que acordaba anular la resolución de dicho organismo que dejaba sin efecto la prestación de desempleo reconocida en su día a aquél con el reintegro prestacional subsiguiente.

Se cita de contraste la sentencia del TSJ de Andalucía (Sevilla) de 17 de noviembre de 2011 (RS 809/11), cabiendo admitir la existencia de dicha contradicción en cuanto en ambas resoluciones se contemplan casos sustancialmente coincidentes resueltos de modo opuesto pues en ambos se trata de reintegro de prestaciones por ser considerado indebido su abono por el ente gestor tras el despido de cada uno de los trabajadores afectados, que las habían venido percibiendo desde entonces, de manera que cuando recayeron las respectivas sentencias declarando el despido improcedente ya estaban en el disfrute de aquéllas, por lo que no solicitaron ni percibieron salarios de tramitación, motivo por el cual la sentencia recurrida considera que procede el reintegro a cargo del trabajador mientras que la de referencia entiende que al no haber disfrutado de tales salarios y hallarse la empresa en estado de insolvencia, no cabe la devolución interesada ya que no ha existido doble abono (de salarios y de prestación en un mismo período).

Se cumple, pues, el requisito establecido en el art 219.1 de la LRSJ, lo que permite examinar el fondo de la cuestión planteada en el recurso.

**SEGUNDO.-** Señala el recurrente la infracción del art 209.5 a) b) y c) de la LGSS y que no se vulnera el art 221 de la misma ni el art 15.1.b) del RD 625/1985, de 2 de abril instando que se case y anule la sentencia de suplicación y se confirme íntegramente la de instancia.

Tal y como señala el Ministerio Fiscal en su informe, en el hecho segundo, punto tercero, de la sentencia de instancia -que se recoge en el segundo antecedente de hecho de la recurrida- se declara probado 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 4.366 € en concepto de indemnización y nada (0 €) en concepto de salarios de tramitación", de tal modo, prosigue dicho Ministerio Público, que queda acreditada "la situación económica de la empresa al producirse la extinción del contrato, que acaba declarada en situación de insolvencia, lo que debe tenerse en cuenta a los efectos de resolver y en relación con la denominada "renuncia" del trabajador a los salarios de tramitación", citando en apoyo de su propuesta de acogimiento del recurso las sentencias de esta Sala de 23 de enero de 2013 (rcud 1446/2012), 18 de mayo de 2011 (rcud 3815/2010) y 26 de junio de 2007 (rcud 1646/2006).

En efecto, la primera y más reciente de las sentencias citadas expresa en su tercer fundamento de derecho al respecto: *"El debate que el presente litigio suscita ha de desarrollarse 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.*

***En 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 la 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".***

*Por ello, la doctrina correcta es la que se contenía en la sentencia de contraste, como también sostiene el informe del Ministerio Fiscal".*

En el mismo sentido, nuestras sentencias de 5 de febrero, 27 de marzo, y 13 de mayo de 2013 (rcuds 1450/2012, 1837/2012 y 2098/2012).

Consecuentemente con todo ello, el recurso debe prosperar, lo que supone la revocación de la sentencia impugnada con el mismo y la íntegra confirmación de la de instancia.

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

## **F A L L A M O S**

Estimamos el recurso de casación para la UNIFICACIÓN DE DOCTRINA, interpuesto por DON Aurelio, contra la sentencia de fecha 12 de julio de 2012 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, en el recurso de suplicación núm. 2602/2011, formulado frente a la sentencia de fecha 18 de abril de 2011, dictada en autos 444/2010 por el Juzgado de lo Social Unico de Algeciras, seguidos a instancia de D. Aurelio, contra el SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL, sobre DESEMPLEO. Casamos y anulamos la sentencia recurrida

y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, desestimamos el recurso planteado por el SPEE y confirmamos la sentencia de instancia. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo 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. Miguel Ángel Luelmo Millán celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.