

Roj: STS 6627/2011
Id Cendoj: 28079140012011100586
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 4272/2010
Nº de Resolución:
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: JESUS GULLON RODRIGUEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Septiembre de dos mil once.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado, en nombre y representación del SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, contra la sentencia de 19 de octubre de 2010 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso de suplicación núm. 1749/2010 , interpuesto frente a la sentencia de 4 de mayo de 2010 dictada en autos 11/2010 por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Bilbao seguidos a instancia de D. Antonio contra el Servicio Público de Empleo Estatal sobre desempleo.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida, D. Antonio representada por el Letrado D. Tomás Arribas Gregorio.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Gullon Rodriguez,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 4 de mayo de 2010, el Juzgado de lo Social núm. 2 de Bilbao, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: <<DESESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda presentada por Antonio frente a SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL se confirma íntegramente la resolución administrativa impugnada, absolviendo a la demandada de todas las pretensiones en su contra formuladas>>.

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: << **1º.-** El demandante prestó servicios por cuenta y órdenes de la empresa WIFI TECHNOLOGY INTEGRAL SOLUTIONS SL, desde el 5 de diciembre de 2005 hasta el 11 de mayo de 2007 en que ceso por despido.- Solicitada la prestación por desempleo, le fue reconocida por resolución de 25 de mayo de 2007 con una fecha de inicio de 24 de mayo de 2007, base reguladora de 51,17 euros diarios y 360 días de duración.- Con fecha de 7 de octubre de 2007 se suspende la prestación por desempleo por colocación por cuenta ajena en la empresa EUSKALTELEN 2005 SL.- En el periodo comprendido entre el 24 de mayo de 2007 y el 7 de octubre de 2007 el actor percibió en concepto de la prestación reconocida la suma de 4590,70 euros.- **2º.-** Con fecha de 21 de abril de 2008 el demandante solicita la reanudación de la prestación por desempleo, después de haber sido objeto de despido por parte de la empresa EUSKALTELEN 2005 SL, solicitud que es reconocida por resolución de 23 de abril de 2008, desde el 19 de abril de 2008.- Percibiendo dicha prestación del 19 de abril de 2008 al 30 de abril de 2008 en cantidad de 411,10 euros.- **3º.-** El 28 de abril de 2008 presenta parte de consultas e incidencias con el fin de rehacer el expediente administrativo en virtud de unas actas de liquidación levantadas a la empresa WIFI TECHNOLOGY INTEGRAL SOLUTIONS SL y la propuesta de la Inspección de Trabajo de alta y baja en dicha empresa del 12 de mayo de 2007 al 24 de enero de 2008.- El 6 de mayo de 2008 aporta sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 9 de Bilbao, de fecha 12 de septiembre de 2007 , que declaraba la improcedencia del despido de las empresas ARTEA TEI SL TELFOFFICE SL, GLOBAL INSTALADORA SL, WIFI TECHNOLOGY INTEGRAL SOLUTIONS SL Y SOPELANA TELEBISTA SL.- Por auto del Juzgado de lo Social número 9 de Bilbao de fecha 24 de enero de 2008 se extingue la relación laboral con dichas empresas y se reconoce al trabajador salarios de tramitación desde la fecha del despido, 12 de mayo de 2007 hasta el 24 de enero de 2008.- **4º.-** El 29 de mayo de 2008 el SPEE inicia procedimiento de regularización revocando la prestación por desempleo percibida entre el 24 de mayo de 2007 al 7 de octubre de 2007, por importe de 4590,7 euros, y su posterior reanudación del 19 de abril de 2008 al 30 de abril de 2008, 411,10

euros, comunicando al beneficiario que puede presentar nueva solicitud de prestación como consecuencia de la extinción de la relación laboral a fecha de 24 de enero de 2008.- **5º.**- En fecha de 19 de junio de 2008 el demandante presenta solicitud de prestación por desempleo que se le reconoce con fecha de inicio de 19 de abril de 2008 , base reguladora de 65,61 euros día y 480 días de duración. Percibiendo dicha prestación desde el 19 de abril de 2008 al 29 de abril de 2009, en cuantía de 14.805,94 euros, de los que 9804,14 los percibió materialmente y 5001,80 euros fueron compensados con la deuda que mantenía como consecuencia de la revocación de la prestación por desempleo entre el 24 de mayo de 2007 al 7 de octubre de 2007, en cuantía de 4590,7 euros y su posterior reanudación del 19 de abril de 2008 al 30 de abril de 2008, en cuantía de 411,10 euros.- **6º.**- El actor interpuso demanda por despido frente a la empresa EUSKALTELEN 2005 SL, que fue turnada la Juzgado de lo Social número 3 de Bilbao, autos 410/08, que en fecha de 30 de junio de 2008 dictó sentencia reconociendo la nulidad del despido. Por auto de 19 de noviembre de 2008 el Juzgado de lo Social número 3 declaró la extinción de la relación laboral, condenando a la empresa a abonar salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la del auto de extinción de la relación laboral (19 de abril de 2008 al 19 de noviembre de 2008).- **7º.**- Por auto de 8 de abril de 2009 se declara la insolvencia de la empresa EUSKALTELEN 2005 SL.- El demandante ha percibido del FOGASA en concepto de salarios de tramitación la suma de 4.877,90 euros, por el período de 19 de abril de 2008 al 19 de noviembre de 2008.- **8º.**- El 30 de junio de 2009 el SPEE inicia procedimiento de revocación de prestaciones de desempleo y declaración de cobro indebido, dictando resolución de 9 de septiembre, por la que se declara la percepción indebida de prestaciones por desempleo por una cuantía de 10.396,63 euros correspondientes al período de 19 de abril de 2008 al 26 de abril de 2009. Frente a dicha resolución se interpuso reclamación previa.- **9º.**- Con fecha de 22 de abril de 2010 el SPEE dicta resolución administrativa en la que corrigiendo un error aritmético declara indebido el cobro de 10.415,29 euros>>.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó sentencia con fecha 19 de octubre de 2.010 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: <<Que estimamos el Recurso de Suplicación formulado por la Confederación Sindical de CCOO, en nombre de su afiliado D. Antonio , contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Dos de los de Bilbao, de 4 de mayo de 2010 ; debemos también revocarla; y, en consecuencia, declarar la suma de 2.929,51 euros, como prestaciones de desempleo indebidamente percibidas y respecto al período que tuvo su inicio el 19 de abril de 2008; condenando al Servicio Público de Empleo Estatal- INEM a estar y pasar por estas declaraciones. Sin costas>>.

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal del Servicio Público de Empleo Estatal el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo, el día 30 de noviembre de 2.010, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 28 de octubre de 2.008 y la infracción de lo establecido en el *art. 209.5 a) LGSS* , en relación con el *art. 33.1 ET* .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 10 de marzo de 2.011, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de diez días.

QUINTO.- Evacuado el trámite de impugnación, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminado en el sentido de considerar el recurso improcedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 14 de septiembre de 2.011, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que ha de resolverse en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar las consecuencias que sobre la prestación por desempleo reconocida a un trabajador 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 artículo 209 de la Ley General de la Seguridad Social* .

Tal y como consta en los hechos probados de la sentencia de instancia, y en lo que aquí interesa, las circunstancias relevantes para resolver el problema suscitado son las siguientes:

1,- El trabajador por quien se presentó la demanda por el Sindicato CC.OO. tras un periodo de actividad para la empresa Wifi Technology y ser despedido, fue contratado por la empresa Euskaltelen 2.005, S.L. en fecha 7 de octubre de 2.007.

2.- Dicha empresa despidió al referido empleado el 7 de marzo de 2.008 por causas objetivas.

3.- Instada demanda por despido, el Juzgado de lo Social número 3 de los de Bilbao, en sentencia de 30 de junio de 2.008 declaró la nulidad del despido, condenando a la empresa a la readmisión y al abono de los salarios de tramitación comprendidos entre la fecha del despido y la notificación de la sentencia.

4.- Desaparecida la empresa sin que se hubiese readmitido al trabajador, por auto del referido Juzgado de fecha 19 de noviembre de 2.008 se declaró extinguida la relación laboral con efectos de esa fecha, señalándose una indemnización sustitutoria de 2.141,22 euros y salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la del auto de extinción, por importe de 9.442,28 euros.

5.- Solicitó prestaciones por desempleo, que se le reconocieron por el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) en resolución de 19 de abril de 2.008, extendiéndose el derecho concedido durante 480 días, con efectos de 19 de abril de 2.008, sobre una base reguladora de 65,61 euros diarios,

6.- Percibió las referidas prestaciones por desempleo desde el 19 de abril de 2.008 hasta el 26 de abril de 2.009, por reanudación de actividad laboral en otra empresa. La cantidad teórica cobrada por esta prestación fue de 14.805,94 euros, de los que se le descontaron por compensación a causa de las vicisitudes de una prestación anterior 5.001,80 euros, lo que supuso una percepción real de 9.804,14 euros.

7.- Ante la insolvencia de la empresa, en resolución de 10 de junio de 2.009 el FOGASA reconoce y abona al demandante por los salarios de tramitación correspondientes al periodo antes descrito (9 de abril a 19 de noviembre de 2.008) la cantidad de 4.877,90 euros.

8.- Por resolución del SPEE de 9 de septiembre de 2.009 se declaran indebidamente las prestaciones por desempleo reconocidas, en la cantidad total de 10.415,29 euros correspondientes a la totalidad del periodo 19 de abril de 2.008 a 26 de abril de 2.009.

9.- Disconforme el trabajador con la referida resolución administrativa, el Sindicato CC.OO. interpuso demanda, que fue desestimada por sentencia de 4 de mayo de 2.010 del Juzgado de lo Social número 2 de los de Bilbao .

SEGUNDO.- Recurrída en suplicación esa decisión del Juzgado por el trabajador y asumiendo la incompatibilidad entre el periodo de salarios y desempleo, insistía en su recurso en que la devolución que había de hacerse como cobro indebido únicamente debería alcanzar al periodo incompatible desempleo-salarios, esto es, a la cantidad de 2.929,51 euros, y no la totalidad de las prestaciones por desempleo. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en la sentencia de 19 de octubre de 2.010 que ahora se recurre en casación para la unificación de doctrina, estimó el recurso y en consecuencia declaró que la única cantidad que debía ser considerada como indebidamente percibida por el trabajador era la de 2.929,51 euros, percibidos durante el periodo de prestaciones por desempleo que se correspondían con el señalado para salarios de tramitación.

La Sala del País vasco procede en la sentencia recurrida a la aplicación del *artículo 209.5 a) de la Ley General de la Seguridad Social* interpretándolo de maneras que, aunque de conformidad con esa norma haya de partirse de la incompatibilidad entre salarios de tramitación y prestaciones por desempleo, la regularización que deba de llevarse a cabo cuando tenga que regularizarse la situación por solapamiento parcial no debe alcanzar a la totalidad de las prestaciones reconocidas, sino únicamente a las que se correspondan con los referidas salarios de tramitación, prestaciones que en este caso, como antes se dijo, suponían la cantidad de 2.929,51 euros.

TERCERO.- Recurre ahora esa sentencia en casación para la unificación de doctrina el Abogado del Estado en nombre del SPEE, denunciando la infracción del *artículo 209.5.a) LGSS* y proponiendo como sentencia de contraste la dictada por la misma Sala de lo Social del TSJ del País Vasco en fecha 28 de octubre de 2.008 , en la que, tal y como afirma el Ministerio Fiscal en su informe, se resuelve un asunto que guarda en relación con el de la sentencia recurrida la identidad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones que exige el *artículo 217 de la LPL* para la viabilidad del recurso, a pesar de lo cual llegaron ambas resoluciones a decisiones contrapuestas.

Se trataba en la sentencia de contraste también de un trabajador despedido el 30 de octubre de 2.006 al que le fueron reconocidas prestaciones por desempleo durante 720 días con una base de 38,69 euros y con efectos de 1 de noviembre de 2.006. El 30 de marzo de 2007, ante la ausencia de readmisión, se dictó auto por el Juzgado condenándose a la empresa al abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la del referido auto (30-10-2006 a 30-3-2006).

Unos meses después, el 30 de junio de 2.007 comenzó el beneficiario a trabajar por cuenta propia como autónomo, percibiendo por tanto prestaciones por desempleo hasta esa fecha. El FOGASA abonó por el concepto de salarios de tramitación la cantidad de 2.267,62 euros y el SPEE entendió como indebidamente las

prestaciones abonadas por la totalidad del periodo de desempleo, y no solamente el que se correspondía con los salarios de tramitación reconocidos por el FOGASA ante la insolvencia empresarial.

Impugnada judicialmente la decisión administrativa, la sentencia de instancia desestimó la demanda y la de contraste, de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco desestimó el recurso de suplicación y confirmó la decisión de instancia. El razonamiento de la sentencia de contraste parte, al igual que la recurrida, del artículo 209.5 a) LGSS , pero llega a la solución contrapuesta, en el sentido de que al no haber regularizado su situación a causa del percibo de los salarios de tramitación mediante una nueva solicitud, la totalidad de las prestaciones por desempleo suponen una percepción indebida que determina la obligación de su reintegro al SPEE.

Como puede verse con facilidad, ambas resoluciones parte de situaciones sustancialmente iguales, interpretan los mismos preceptos y sin embargo llegan a soluciones contradictorias, lo que exige que esta Sala entre a conocer del fondo del asunto y fije la doctrina que resulte ajustada a derecho.

CUARTO.- La doctrina en la materia se ha unificado recientemente en una sentencia del Pleno de esta Sala, dictada el 1 de febrero pasado en el recurso 4120/2009 , al resolver un asunto muy semejante al que ha dado origen a las presentes actuaciones.

En la referida sentencia se razona sobre el problema de fondo interpretando para ello el alcance de la letra a) del número 5 del artículo 209 LGSS , con contiene una regulación calificada por esta Sala en diversas sentencias de "compleja".

Pues bien, esa compleja regulación legal se interpreta en la sentencia a que nos venimos refiriendo partiendo de la realidad de que en estas situaciones en realidad no existen dos prestaciones por desempleo distintas, sino una sola que nace desde el momento en que nace la situación legal de desempleo. Y a continuación, partiendo de esa realidad y de la redacción del precepto a que nos venimos refiriendo, se afirma literalmente en esa resolución del Pleno que *"... 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".

QUINTO.- Aplicando esta doctrina unificada al caso de autos puede comprobarse que la sentencia recurrida no incurrió en infracción alguna del precepto cuya violación o aplicación indebida se denuncia por la Abogacía del Estado en el recurso, el artículo 209.5 a) LGSS , puesto que, tal y como antes se dijo, en el periodo discutido de que comprende la totalidad de las prestaciones por desempleo, 19 de abril de 2.008 a 26 de abril de 2.009, la sentencia recurrida limitó la devolución, la calificación de prestaciones indebidas, a las que se correspondían realmente con el periodo de salarios de tramitación. Por ello, tal y como propone el Ministerio Fiscal en su informe y la parte recurrida en su escrito de impugnación, procede la desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina planteado, sin que haya lugar a la imposición de 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 el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, contra la sentencia de 19 de octubre de 2010 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso de suplicación núm. 1749/2010 , interpuesto frente a la sentencia de 4 de mayo de 2010 dictada en autos 11/2010 por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Bilbao seguidos a instancia de D. Antonio contra el Servicio Público de Empleo Estatal sobre desempleo. Sin que haya lugar a la imposición de costas.

Devuélvase las actuaciones al Organo 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 Gullon Rodriguez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.