

Roj: STS 6772/2011  
Id Cendoj: 28079140012011100592  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 4499/2010  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: SOCIAL  
Ponente: FERNANDO SALINAS MOLINA  
Tipo de Resolución: Sentencia

## **SENTENCIA**

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

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el " *SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL* ", representado y defendido por el Abogado del Estado, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 4-noviembre-2010 (rollo 3950/2010 ), recaída en el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de fecha 17-agosto-2009, dictada por el Juzgado de lo Social nº 26 de Madrid (autos 298/2007), en procedimiento seguido a instancia de Doña Adolfinia contra el " *SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL* ", el " *INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL* " y la " *TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL* " sobre DESEMPLEO.

Ha comparecido en concepto de recurrido el " *INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL* ", representado y defendido por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, y Doña Adolfinia , representada y defendida por el Letrado Don Luis Saiz Gómez.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Fernando Salinas Molina** ,

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- El día 4 de noviembre de 2010 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia en virtud del recurso de suplicación nº 3950/2010 interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 26 de Madrid en los autos nº 298/2007, seguidos a instancia de Doña Adolfinia contra el " *Servicio Público de Empleo Estatal* ", el " *Instituto Nacional de la Seguridad Social* " y la " *Tesorería General de la Seguridad Social* ", sobre desempleo. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, es del tenor literal siguiente: " *Que debemos estimar y estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por la actora y, con estimación parcial de la demanda, revocamos la resolución administrativa impugnada en el sentido de que la cuantía a reintegrar por la actora al S.P.E.E. es la diferencia entre el importe de la prestación por desempleo y el de la pensión de jubilación que le hubiera correspondido, y condenamos a la demandada S.P.E.E. a estar y pasar por tal declaración. Y debemos estimar y estimamos el recurso interpuesto por el I.N.S.S. y T.G.S.S. y los absolvemos de la petición frente a ellos deducida* ".

**SEGUNDO**.- La sentencia de instancia, de fecha 17 de agosto de 2009, dictada por el Juzgado de lo Social nº 26 de Madrid , contenía los siguientes hechos probados: " *Primero.- La parte actora, D. Adolfinia , cuyos datos personales constan en el encabezamiento de la demanda y se dan por reproducidos, está afiliada a la Seguridad Social, nacida el 16 de enero de 1939 fue despedida el 27 de julio de 2004. En esa fecha la actora tenía cumplidos los 65 años y el resto de requisitos para acceder a la jubilación. Segundo.- La actora solicitó la prestación por desempleo en fecha 30 de agosto de 2004 que le fue reconocida por el INEM con efectos del 15 de agosto de 2004 y sobre una base reguladora de 38,50 euros diarios, con una duración hasta el 15 de diciembre de 2005. En enero de 2006, la actora solicita la prestación por jubilación ante la entidad gestora codemandada, y le fue reconocida con efectos de tres anteriores a la solicitud, fecha de 16-10-2005 (expediente administrativo del INSS). Tercero.- En fecha 20 de octubre de 2007, la entidad gestora se dirige a la Inspección Provincial de Trabajo para que ésta practique actuaciones ante la negativa de remisión de documentación por parte de la empresa, sobre el actor. En fecha 5 de febrero de 2008 la Inspección emite Informe, y respecto a la falta de documentación que deberá aportar la empresa, donde se le informa de que debe acudir con el citado Informe ante la Entidad Gestora para que solicite ésta la documentación necesaria.*

*Ante la visita de la Inspección a la empresa se deniega la documentación y se levanta acta de infracción. La entidad gestora reconoce en el Acto del Juicio Oral que la extinción se produce en fecha 12.09.2007, que el periodo de cotización del actor es de 624 días, y la base reguladora de la prestación es de 38,78 euros. La fecha a efectos de la prestación es del 13.09.2007. Cuarto.- En septiembre de 2006 el INEM inicia procedimiento de reintegro, y en la fase de alegaciones concedida a la actora, argumenta que en el momento de solicitud de la prestación por desempleo cumplía todos los requisitos para acceder a la prestación por jubilación. De aquí que en fecha 18 de mayo de 2006 dicta resolución anulando la prestación por desempleo, y declara 'indebida su percepción desde el 15-08-2004 a 14-12-2005 por importe de 11.219,04 euros cuyo reintegro le exige a la actora. Esta resolución oídas las partes, se resuelve en idéntico sentido sobre declarar el reintegro de prestaciones y anular la declaración de la prestación por desempleo en fecha 30-11-2006. Quinto.- Frente a esta última resolución de fecha 30 de noviembre de 2006, la parte actora presenta reclamación previa que ha sido desestimada por el INEM ".*

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: " *Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. Adolfina , frente a las demandadas Servicio Público de Empleo Estatal, y el INSS y TGSS, debo declarar y declaro el derecho al reintegro de prestaciones a la entidad gestora INEM, al igual que declaro el derecho del actor a percibir la prestación por jubilación con una retroactividad equivalente a la fecha del reintegro de prestaciones, calculada la prestación de jubilación teniendo en cuenta la licitud del reintegro aquí declarado, condenando a las entidades gestoras demandadas y a la parte actora a estar y pasar por esta declaración con todas las consecuencias jurídicas y económicas inherentes a la presente resolución ".*

**TERCERO.-** Por el Abogado del Estado, en nombre y representación del " *Servicio Público de Empleo Estatal* ", mediante escrito con fecha de entrada al Registro de este Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2010, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: **PRIMERO.-** Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 28-enero-2010 (rollo 5028/2009 ). **SEGUNDO.-** Alega infracción de lo dispuesto en el *art. 207.d y 45.1 y 3 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS )*.

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de 14 de abril de 2011 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida, el " *Instituto Nacional de la Seguridad Social* ", representado y defendido por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, y a Doña Adolfina , representada y defendida por el Letrado Don Luis Saiz Gómez para que formalizara su impugnación en el plazo de diez días.

**QUINTO.-** Evacuado el traslado de impugnación por la parte recurrida, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para que emitiera informe, dictaminando 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 día 21 de septiembre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.- 1.-** La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si, reconocida indebidamente por la entidad gestora de las prestaciones por desempleo el derecho al percibo de éstas tras la extinción contractual a un beneficiario que tenía la edad ordinaria para causar derecho a la prestación contributiva de jubilación y acreditaba periodo de cotización suficiente para acceder a esta última, cuando reclama el reintegro de las prestaciones indebidas debe el beneficiario efectuar la devolución íntegra de lo percibido o únicamente la diferencia en el período coincidente entre el importe de las prestaciones de desempleo percibidas y las de jubilación contributiva a las que habría tenido derecho de solicitarlas oportunamente tras la extinción contractual.

**2.-** La sentencia recurrida ( STSJ/Madrid 4-noviembre-2010 -rollo 3950/2010 , aclarada por auto de fecha 25-septiembre-2009), revocando en parte la sentencia de instancia (SJS/Madrid nº 26 17-agosto-2009 -autos 298/2007), -- la que, en aplicación del *art. 43.1.II LGSS* (añadido por *Ley 42/2006 de 28 -diciembre*), había retrotraído frente a los codemandados INSS y TGSS la fecha de efectos de la pensión contributiva de jubilación --, efectúa una interpretación conforme a las *circunstancias concurrentes del art. 45.3 LGSS* , concluyendo que " *no procede derivar responsabilidad alguna al INSS y a la TGSS, ni aceptar un enriquecimiento sin causa de la trabajadora, por lo que acogemos en parte el recurso y reducimos la cantidad a reintegrar al SPEE a la diferencia entre lo percibido por prestación por desempleo y la que le hubiera correspondido por pensión de jubilación* ".

**3.-** En la sentencia invocada como de contraste ( STSJ/Madrid 28-enero-2010 -rollo 5028/2009 ) por el SPEE recurrente en casación unificadora, en un supuesto de hecho análogo, la Sala llega a una solución distinta aplicando, sin tener en cuenta las circunstancias concurrentes, el referido *art. 45.3 LGSS* , obligando a la devolución íntegra de lo percibido indebidamente aunque la percepción indebida fuera debida a error

imputable a la entidad gestora, y con invocación de la jurisprudencia de esta Sala de casación recaída tras la entrada en vigor de la *Ley 66/1997 de 30-diciembre, que añadió el referido párrafo tercero del citado art. 45 LGSS*.

4.- Concorre el requisito o presupuesto de contradicción de sentencias necesario para viabilizar el recurso de casación unificadora (*art. 217 LPL*), como pone de evidencia el Ministerio Fiscal, y como quiera que, además, el escrito a cuyo través se interpone dicho recurso (cita como infringidos el *art. 207.d y 45.1 y 3 LGSS*) cumple las condiciones requeridas por el *art. 222* del citado Texto procesal, se está en el caso de entrar a resolver el fondo de lo debatido sobre dicho concreto extremo.

**SEGUNDO.- 1** .- La sentencia recurrida efectúa una solución equitativa intentando evitar los perjuicios que a la beneficiaria pueden derivarse de la demora en solicitar la prestación de jubilación a la que tenía derecho por causa del error del SPEE al concederle la prestación de desempleo a la que no tenía derecho y de pretender obligársele al reintegro íntegro de lo percibido en tal concepto, a pesar de que a la ulterior pensión de jubilación no se le han otorgados efectos retroactivos coincidentes con la fecha de inicio de la prestación por desempleo erróneamente concedida, fallando que debía reducirse " *la cantidad a reintegrar al SPEE a la diferencia entre lo percibido por prestación por desempleo y la que le hubiera correspondido por pensión de jubilación* ".

2.- El Ministerio Fiscal, en su informe, apoya la confirmación de esta solución jurídica, con invocación del *art. 3.2 Código Civil*, argumentando que la equidad en su función correctora permite moderar los efectos de los actos declarativos de derechos mediante la consideración de un conjunto abierto de factores. Destacando que, por ello, sobre la base de la buena fe del beneficiario, de la presunción de legalidad del acto administrativo, y del derecho de la trabajadora a la pensión de jubilación, deberían ponderarse estos factores para que no produzcan perjuicios difícilmente reparables en la espera del beneficiario y que hubiesen sido fácilmente superables si desde el principio el Organismo hubiera actuado de acuerdo con la información disponible denegando la prestación de desempleo, y habilitando, de este modo, a que la trabajadora hubiese solicitado la pensión de jubilación a la que era acreedora al momento de solicitar la prestación de desempleo.

3.- Ciertamente, las anteriores reflexiones jurídicas son acertadas y trascendentes, a las que puede unirse, como se ha constatado en el presente litigio, la dificultad de dar una posible solución unitaria modificado, -- como se efectuó en la sentencia de instancia, posteriormente revocada en este extremo --, la fecha de efectos de la pensión de jubilación para coordinar las dos prestaciones y a sus organismos gestores.

4.- Ahora bien, el Legislador para privar de todo margen de flexibilidad a los órganos judiciales, a través de la *Ley 66/1997, de 30 de diciembre* (de medidas fiscales, administrativas y del orden social), añadió un nuevo *párrafo tercero al art. 45 LGSS* obligando al íntegro reintegro de las prestaciones indebidas, en los plazos que establece, " *con independencia de la causa que originó la percepción indebida, incluidos los supuestos de revisión de las prestaciones por error imputable a la Entidad Gestora* ", por lo que quedó sin efecto toda la jurisprudencia flexibilizadora que esta Sala aplicaba, ponderando las circunstancias concurrentes, a determinados supuestos que acontecieron con anterioridad a la entrada en vigor de la referida *Ley 66/1997*. Únicamente, en su caso, una flexibilización podría derivar, -- pero ejercitable en su caso ante la entidad gestora de la prestación de la jubilación contributiva --, de lo establecido ulteriormente en el *párrafo segundo del apartado 1 del art. 43 LGSS (añadido, con efectos desde el 1-enero-2007*, por *Ley 42/2006, de 28 de diciembre*), lo que no es dable valorar en el presente recurso.

**TERCERO.- 1.-** Como recuerda y reitera la STS/IV 22-diciembre-2008 (rcud 508/2008), " *Una vez más debe esta Sala pronunciarse sobre el alcance del art. 45.3 de la LGSS, según la redacción que de dicho precepto ordenó el art. 37 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, conforme al cual, #la obligación de reintegro del importe de las prestaciones indebidamente percibidas prescribirá a los cinco años, contados a partir de la fecha de su cobro, o desde que fue posible ejercitar la acción para exigir su devolución, con independencia de la causa que originó la percepción indebida, incluidos los supuestos de revisión de las prestaciones por error imputable a la Entidad Gestora#. Plazo de prescripción que la Ley 55/1999, de 21 de diciembre, de acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado, redujo a cuatro años* ".

2.- Destaca que " *Esa norma entró en vigor el día 1 de enero de 1998, y no contiene preceptos de derecho intertemporal, por lo que, reiteradamente se ha planteado ante esta Sala si tal norma dejó sin efecto la doctrina jurisprudencial anterior y si debe aplicarse a las situaciones anteriores a su vigencia y amparadas por aquella doctrina. Tema que ha sido resuelto, entre otras muchas, por las sentencias de 11 de junio 2001 (R. 3614/2000), 7 de noviembre de 2001 (R. 1533/2001) ..., 24 de julio 2002 (R. 3553/2001), 12 de noviembre 2002 (R. 888/2002), 2 enero 2003 (R. 1621/2002), 25 de febrero 2003 (R. 798/2002), 10 de abril de 2003 (R. 1315/2002), 11 y 12 de junio de 2003 (R. 3025/2002 y 4227/2002), 6 de octubre de 2003 (R. 3589/2002), 18 de noviembre de 2003 (R. 4771/2002), 17 de septiembre de 2004*

(R. 3052/2003 ), y 25 de octubre de 2003 (R. 5033/2003 )" y que " *Es conveniente recordar ... que nuestra doctrina, anterior a la reforma legal señalaba que el plazo normal de prescripción de la obligación de reintegro de prestaciones indebidas era el de cinco años, y así se reconoció, entre otras, en las sentencias de 22 de mayo de 1986 y 12 de febrero de 1992 . Pero esa regla general hubo de ser moderada, en aras de un principio de equidad. La Sentencia de Sala General de 24 septiembre 1996 (Recurso 4065/1995 , declaraba la existencia de dos excepciones a tal principio: #La primera excepción, que ha sido la más inequívoca en su formulación, comprende los supuestos de percepción indebida sobrevenidos como consecuencia del cambio en la interpretación general de determinadas normas ... Pero también se ha aplicado una segunda excepción que pondera la conducta adoptada por el beneficiario y el organismo gestor en relación con el origen de la situación de percepción indebida y su mantenimiento. Esta excepción tiene en cuenta, por una parte, el principio de buena fe y, por otra, los perjuicios que como consecuencia del retraso pueden derivarse para el patrimonio del beneficiario de la acumulación de períodos de percepción indebida, especialmente en los casos en que no puede acudir al reintegro por deducción del importe de lo adeudado en las mensualidades sucesivas de pensión con la posibilidad de embargo y realización de bienes esenciales para el beneficiario "*

**3.-** Concluye que " *Esta doctrina ... fue dejada sin efecto por la Ley 66/1997. Como declaró nuestra sentencia de 14 de junio 2001 (Recurso 3614/2000 ), #los términos del nuevo art. 45.3 de la LGSS a través de los criterios de la interpretación jurídica, es preciso constatar que en el enunciado del mismo de un lado se reafirma sin restricciones la regla general de prescripción quinquenal; y de otro lado no sólo se omite cualquier mención expresa de la excepción de equidad apreciada por esta Sala, sino que parece cerrarse virtualmente el paso a la misma al afirmar que la norma de prescripción quinquenal ha de aplicarse #con independencia de la causa que originó la percepción indebida#, incluso cuando la misma se ha debido a #error imputable a la entidad gestora#. En estas condiciones no cabe mantener la anterior excepción jurisprudencial de equidad, teniendo en cuenta que #las resoluciones de los tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita# "*

**CUARTO.-** La aplicación de la anterior doctrina, -- por razones de seguridad jurídica acordes con la finalidad de este recurso --, comporta declarar que la doctrina jurídicamente correcta se encuentra en la sentencia de contraste, por lo que debe estimarse el recurso de casación unificador interpuesto por el SPEE, casar y revocar la sentencia de suplicación recurrida en los extremos debatidos en el presente recurso, y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimar el recurso de tal clase interpuesto por el SPEE, revocando la sentencia de instancia y desestimando la demanda. 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 la unificación de doctrina interpuesto por el " *SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL* ", contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 4- noviembre-2010 (rollo 3950/2010 ), recaída en el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de fecha 17-agosto-2009, dictada por el Juzgado de lo Social nº 26 de Madrid (autos 298/2007), en procedimiento seguido a instancia de Doña Adolfina contra el " *SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL* ", el " *INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL* " y la " *TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL* ". Casamos y revocamos la sentencia recurrida en los extremos debatidos en el presente recurso, y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimamos el recurso de tal clase interpuesto por el SPEE, revocando la sentencia de instancia y desestimando la demanda. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ,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. Fernando Salinas Molina hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.