

**CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE  
OBLIGACIONES POR PARTE DE BENEFICIARIOS DE  
PRESTACIONES POR DESEMPLEO**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 1 de febrero de 2011*

JOSE L. LÁZARO SÁNCHEZ\*

**SUPUESTO DE HECHO:** Una trabajadora despedida de la empresa en que prestaba servicios, solicita prestación de desempleo que le es reconocida mediante Resolución del Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE, en adelante). Impugnado el despido, la Sentencia de Instancia estimará la demanda, declarando la improcedencia del despido y condenando a la empresa a abonar a la demandante la pertinente indemnización (opción de la empresa) y el importe correspondiente a los salarios de tramitación. Mediante nueva Resolución del SPEE, se revocó y anuló la Resolución anterior, declarando el cobro indebido de las prestaciones por desempleo inicialmente reconocidas. Contra esta resolución se interpone demanda que resultará parcialmente estimada, al declararse el derecho de la demandante al percibo de la prestación de desempleo, sin perjuicio de que se califique como cantidad percibida de forma indebida la correspondiente al período coincidente con los salarios de tramitación. Confirmada en Suplicación por Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 29 de junio de 2009, se formalizó, por la representación procesal del Servicio Público de Empleo Estatal recurso de casación para la unificación de doctrina.

**RESUMEN:** El Tribunal Supremo cambia su doctrina en supuestos en los que el trabajador beneficiario de una prestación por desempleo, no comunica ni regulariza su situación tras percibir salarios de trámite como consecuencia de un proceso por despido. Declarará que sólo deben considerarse cantidades indebidas las correspondientes a los periodos de tiempo que concurren o se solapan.

\* Profesor TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

## INDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL DERECHO SUSTANTIVO APLICABLE
3. LA DOCTRINA ANTERIOR DEL TRIBUNAL SUPREMO
4. LA NUEVA DOCTRINA
5. COMENTARIO
6. CONCLUSIONES

## 1. INTRODUCCIÓN

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 1 de febrero de 2011, recaída en recurso de casación para la unificación de doctrina supone un cambio en la que hasta el momento era la interpretación que el Tribunal venía realizando sobre el alcance del artículo 209.5, a) de la Ley General de Seguridad Social. En particular el cambio de doctrina se produce respecto de 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, consecuencias previstas en el referido precepto.

Es por ello, una sentencia de especial interés sobre la que, además, se formula un voto particular revelador de la diversidad de pareceres en el seno del propio Tribunal en torno a la que, desde ahora, es jurisprudencia en la materia. En este sentido, ha de tenerse en cuenta la existencia de una sentencia posterior de la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 21 de marzo de 2011, que reitera la doctrina fijada en la sentencia objeto de nuestro comentario. Los hechos enjuiciados en la sentencia de referencia, avanzados antes, son los que exponemos a continuación.

Una trabajadora fue despedida de la empresa en que prestaba servicios el día 4-7-2005, tras lo cual solicitó prestación de desempleo que le fue reconocida mediante resolución del Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE, en adelante) de 11-7-2005, con una base reguladora de 37 euros diarios y una duración de 600 días; en concreto, desde el 11-7-05 hasta el 10-3-07.

Impugnada por a trabajadora la decisión del despido, la sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid nº 8, en fecha 14-11-2005 -notificada a la empresa el 21-11-2005-, estimó la demanda, declarando la improcedencia del despido y condenando a la empresa a abonar a la demandante los salarios de tramitación, que ascendían a 5.233,20 €. Tras lo cual la empresa optó por la indemnización y abonó a la demandante 14.092,26 €, de los que 8.859,06 correspondían a indemnización y el resto a salarios de tramitación.

Mediante resolución del SPEE de 27-8-2007, se revocó y anuló la resolución de 11-7-2005, declarando el cobro indebido en el periodo del 11-7-2005 al 10-3-2007 y solicitando el reintegro de 13.302 €. Contra esta resolución la

trabajadora interpuso demanda resuelta por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 17 de Madrid, el 7 de octubre de 2008, en la que se estimó parcialmente la demanda contra el SPEE, y se declaró el derecho de la demandante al percibo de la prestación de desempleo desde el 22-11-2005 hasta el 10-3-2007, declarando indebido únicamente el período que va del 11-7-2005 al 21-11-2005, por lo que la demandante únicamente debía reintegrar 3.243,56 €.

Esta sentencia fue confirmada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 29 de junio de 2009, contra la cual se formalizó, por la representación procesal del Servicio Público de Empleo Estatal recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid de fecha 28 de mayo de 2008.

## 2. EL DERECHO SUSTANTIVO APLICABLE

El precepto de referencia -artículo 209.5 LGSS-, bajo el enunciado “Solicitud y nacimiento del derecho a las prestaciones”, presenta en la actualidad la siguiente redacción:

“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 prestaciones 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 prestaciones con efectos desde la fecha en que finaliza la obligación del abono de dichos salarios; y si estuviera percibiendo las prestaciones dejará de percibir las prestaciones, considerándose indebidamente percibidas, y podrá volver a percibir las prestaciones con efectos desde la fecha en que finaliza la obligación del abono de dichos salarios, previa regularización por la Entidad Gestora del derecho inicialmente reconocido, reclamando a la Tesorería General de la Seguridad Social las cotizaciones efectuadas durante la percepción de las prestaciones y efectuando la compensación correspondiente por las prestaciones indebidamente percibidas, o bien reclamando su importe al trabajador. En 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 ini-

cial 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.

b) Cuando, como consecuencia de la reclamación o el recurso se produzca la readmisión del trabajador, mediante conciliación o sentencia firme, o aunque aquélla no se produzca en el supuesto al que se refiere el artículo 282 de la Ley de Procedimiento Laboral, las cantidades percibidas por éste en concepto de prestaciones por desempleo se considerarán indebidas por causa no imputable al trabajador. En tal caso, la Entidad Gestora cesará en el abono de las prestaciones por desempleo y reclamará a la Tesorería General de la Seguridad Social las cotizaciones efectuadas durante la percepción de las prestaciones. El empresario deberá ingresar a la Entidad Gestora las cantidades percibidas por el trabajador, deduciéndolas de los salarios dejados de percibir que hubieran correspondido, con el límite de la suma de tales salarios.

A efectos de lo dispuesto en los párrafos anteriores, se aplicará lo establecido en el apartado 1 del artículo 227 de esta Ley, respecto al reintegro de prestaciones de cuyo pago sea directamente responsable el empresario, así como de la reclamación al trabajador si la cuantía de la prestación hubiera superado la del salario. En los supuestos a que se refiere esta letra, el empresario deberá instar el alta en la Seguridad Social con efectos desde la fecha del despido o extinción inicial, cotizando por ese período, que se considerará como de ocupación cotizada a todos los efectos.

c) En los supuestos a que se refieren los artículos 279.2 y 284 de la Ley de Procedimiento Laboral el trabajador comenzará a percibir las prestaciones si no las estuviera percibiendo, a partir del momento en que se declare extinguida la relación laboral. En ambos casos, se estará a lo establecido en la letra a) de este apartado respecto a las prestaciones percibidas hasta la extinción de la relación laboral<sup>1</sup>.

Desde su redacción original<sup>1</sup>, este artículo ha sufrido algunas modificaciones, especialmente las introducidas en 2002, primero por el Real Decreto-

<sup>1</sup> “Artículo 209. Solicitud y nacimiento del derecho a las prestaciones. 1. Las personas que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 207 de la presente Ley deberán solicitar a la entidad gestora competente el reconocimiento del derecho a las prestaciones, que nacerá a partir de la situación legal de desempleo, siempre que se solicite dentro del plazo de los quince días siguientes. La solicitud implicará la inscripción como demandante de empleo, si la misma no se hubiese efectuado previamente. 2. Quienes acrediten cumplir los requisitos establecidos en el artículo 207, pero presenten la solicitud transcurrido el plazo de quince días a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, tendrán derecho al reconocimiento de la prestación a partir de la fecha de la solicitud, perdiendo tantos días de prestación como medien entre la fecha en que hubiera tenido lugar el nacimiento del derecho de haberse solicitado en tiempo y forma y aquélla en que efectivamente se hubiese formulado la solicitud. 3. En el supuesto de despido procedente, el trabajador deberá permanecer inscrito como demandante de empleo durante un período de espera de tres meses desde el momento de la sentencia, transcurridos los cuales nacerá el derecho, siempre que se solicite en las condiciones previstas en los apartados anteriores”.

ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, y, después, por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, que, con idéntico título, fue el resultado de la tramitación parlamentaria de este Real Decreto-ley. Tras la Ley 45/2002, la redacción del precepto se ha mantenido prácticamente inalterada hasta la que presenta en la actualidad, salvo la modificación introducida por la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007, por la cual, en los supuestos de prestaciones percibidas hasta la extinción de la relación laboral, el apartado c) del art. 209.5 remite al apartado a), frente a la anterior redacción que remitía al apartado b) del mismo precepto.

### 3. LA DOCTRINA ANTERIOR DEL TRIBUNAL SUPREMO

Con anterioridad a la sentencia que comentamos, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se había pronunciado sobre el particular, entre otras, en la sentencia de 22 de junio de 2.009, que resolvió un supuesto muy similar: un trabajador despedido en la empresa en la que prestaba servicios el 20-7-2005, al que se le reconoció prestación por desempleo por Resolución de 8-2005, que comenzó a percibir desde el 21-7-2005. El despido fue declarado improcedente por el Juzgado de lo Social nº 1 de Valladolid en sentencia de fecha 27-10-2005, y el trabajador percibió del FOGASA 9.725,72 €, correspondientes a salarios de tramitación, 3.901,89 € indemnización, 5.828,83 €.

La Dirección Provincial de INEM inició expediente sobre renovación de reconocimiento de derecho, y dictó Resolución con fecha 8-11-2006, revocando su Resolución anterior, de 29-8-2006, y determinando como periodo de cobro indebido el que iba desde 21-7-2005 a 22-10-2006, lo que determinaba que la cuantía a reintegrar ascendía a 7.442,88 €. Frente a esta nueva Resolución se presentó demanda resuelta por sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Valladolid, el 24 de septiembre de 2007, en la que confirmaba la Resolución recurrida.

Esta sentencia fue recurrida en suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, que en sentencia de 8 de octubre de 2008 revocó parcialmente la resolución impugnada, exoneró al trabajador del reintegro de las prestaciones coincidentes con los salarios de tramitación que percibió del FOGASA, manteniendo la obligación de devolver las prestaciones percibidas desde el 27 de Octubre de 2005, en tanto el trabajador omitió formular una nueva solicitud. Es decir, la sentencia considera que lo percibido por prestaciones por desempleo en el período coincidente con los salarios de tramitación no debe reintegrarse, pero sí lo recibido después en tanto el trabajador incumple la obligación de volver a solicitar la prestación por desempleo.

Hay que considerar que en este caso el trabajador no recibió los salarios de tramitación por cuanto la empresa era insolvente (desaparecida), y el FOGASA abonó al actor las cantidades correspondientes a indemnización y salarios de tramitación, abono por el Fondo de Garantía Salarial se había producido el 20 de septiembre de 2006.

Esta sentencia fue recurrida en casación para la unificación de doctrina, invocándose como sentencia contradictoria la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 3 de mayo de 2005. En ésta, un trabajador despedido el 11 de septiembre de 2003, despido declarado improcedente el 3 de diciembre de 2003, optando la empresa por la indemnización el 18 de dicho mes. El INEM había reconocido al actor prestación de desempleo por un período de 703 días, desde el 15 de septiembre 2003. Declarada la empresa en insolvencia, el FOGASA abonó al actor salarios de tramitación de 81 días. Detectado este abono, la Entidad Gestora dictó resolución declarando el cobro indebido de prestaciones por el período 15 de septiembre 2003 a 1 de junio de 2004. La citada sentencia de 3 de mayo de 2005 confirmó la de instancia que había estimado la demanda y declaró que la percepción indebida de prestaciones se extiende únicamente a los 81 días de salarios de tramitación que el actor ya había percibido del FOGASA, conservando este la prestación por el resto del período reconocido, sin perjuicio de la regularización correspondiente en cuanto a la fecha de inicio de la prestación por desempleo. Es decir, esta sentencia interpreta que la pérdida de la prestación por no haber reiterado la solicitud es una consecuencia desproporcionada para la finalidad de la norma que la impone.

El recurso de casación para la unificación de doctrina y que fijaba la que hasta ahora venía siendo la del Tribunal Supremo, fue resuelto por la Sala de lo Social de este Tribunal en la citada sentencia de 22 de junio de 2.009. Ésta, apoyándose en sentencias previas, como las de 26 de marzo de 2007 y 9 de marzo de 2009, señala que el supuesto es incardinable en las previsiones del art. 284 de la Ley Procedimiento Laboral, por lo que la solución ha de ser la impuesta por el apartado b) del párrafo 5 del art. 209 de la Ley de Seguridad Social<sup>2</sup>; es decir, cese de las prestaciones que acaso podrían haberse reanudado si el trabajador hubiera presentado nueva solicitud. Sin embargo, como resalta la sentencia “no lo hizo, ocultando intencionada o involuntariamente a la Entidad Gestora la percepción de los salarios de tramitación, privándola de

<sup>2</sup> La redacción de este precepto a tener en cuenta es la anterior a la reforma de la Ley 42/2006, de Presupuestos Generales del Estado, y en ella se establecía que “En los supuestos a que se refieren los artículos 279.2 y 284 de la Ley de Procedimiento Laboral el trabajador comenzará a percibir las prestaciones si no las estuviera percibiendo, a partir del momento en que se declare extinguida la relación laboral. En ambos casos, se estará a lo establecido en la letra b) de este apartado respecto a las prestaciones percibidas hasta la extinción de la relación laboral”.

la facultad de controlar el curso de la prestación. Tal actuación del INEM es ajustada a la norma que establece el cese en el pago de la prestación, debe ser el trabajador, que omitió comunicar la percepción de los salarios de trámite el que debiera haber instado la regularización al INEM”.

Como se aprecia, entre las dos interpretaciones de los Tribunales Superiores de Justicia –reintegro de parte de las prestaciones, las coincidentes con los salarios de tramitación, o reintegro de la totalidad de estas prestaciones-, el Tribunal Supremo opta por la segunda, desestimando el recurso, considerando ajustada a Derecho la doctrina de la sentencia recurrida y reiterando, por tanto, la doctrina del propio Tribunal Supremo en sentencias de 26 de marzo de 2007 y 9 de marzo de 2009.

#### 4. LA NUEVA DOCTRINA

En la sentencia de 1 de febrero de 2011, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, resalta que la complejidad de la normativa de referencia es alta, “ya que puede comportar muchos elementos de hecho variables derivados, entre otras situaciones posibles, por ejemplo del momento en que se cobran esos salarios de tramitación -en ocasiones después de terminar las prestaciones por desempleo- si se abonan en todo o en parte, o si lo hace la empresa o el Fondo de Garantía Salarial”.

Ante ello, recuerda la interpretación que el propio Tribunal realizó en su sentencia de 26 de marzo de 2007, donde se resaltan las dos finalidades de la regulación contenida en el artículo 209.5 LGSS, que, esencialmente, son dos: 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; por otra parte, asegurar la incompatibilidad entre percepción de las prestaciones de desempleo y el abono de salarios de tramitación durante el mismo periodo.

A su vez, recuerda que en realidad no se trata de dos prestaciones por desempleo distintas, sino una sola, la reconocida inicialmente que debe regularizarse con posterioridad para evitar esa incompatibilidad, la cual se resuelve de acuerdo a lo previsto en el precepto de referencia. En este sentido, advierte el Tribunal Supremo en la sentencia que comentamos (FJ 5º), *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.*

Estas dudas son resueltas por el Tribunal recordando que del despido 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. Este dato determina que lo que se incumple es la solicitud de regularización de la prestación reconocida, obligación que incumbe al trabajador que debe poner en conocimiento de la Entidad Gestora la existencia del título en virtud de cual se declara el derecho al cobro de los salarios de tramitación.

Teniendo ello en cuenta, y, sobre todo, que la finalidad del precepto es evitar la incompatibilidad entre prestaciones por desempleo y salarios de tramitación, considera el Tribunal que *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.*

El Tribunal Supremo, por tanto, limita el carácter indebido de lo percibido en concepto de prestaciones por desempleo al período en el que éstas coinciden con los salarios de tramitación. Y el argumento que le lleva a hacerlo, y a cambiar la doctrina que hasta esta sentencia había fijado el Tribunal al respecto, es la de atender a la finalidad de la norma -evitar que se perciba prestación por desempleo y salarios de tramitación a la vez- más que a la literalidad del precepto -consideración como indebidas las prestaciones-.

Y es en este punto donde se produce la discrepancia de cuatro Magistrados plasmada en el voto particular formulado a la sentencia<sup>3</sup>. Estos Magistrados consideran que si bien la solución otorgada por la sentencia “no es en absoluto descabellada porque, en efecto, obliga al beneficiario a restituir la parte de prestación que coincida en el tiempo con los salarios de tramitación, con lo que cumple, en lo esencial, con la incompatibilidad arriba analizada”. Sin embargo, a juicio de estos Magistrados, el legislador ha establecido la obligación al beneficiario de prestaciones por desempleo al que se le reconocen salarios de tramitación de tener que volver a solicitarlas, acreditando el período que corresponda a los salarios de tramitación. A su vez, el legislador prevé de manera expresa las consecuencias de esta situación: se dejarán de percibir las prestaciones por desempleo, considerándose indebidas.

<sup>3</sup> El voto particular lo formulan los Magistrados Moliner Tamborero y Gilolmo Lopez, al que se adhieren los Magistrados Calvo Ibarlucea y Lopez Garcia de la Serrana.

Esta argumentación, no obstante, se complementa señalando que “la solución dada por el voto mayoritario no discrimina entre quienes cumplan esa obligación de formular la nueva solicitud y quienes no lo hagan porque, a la postre, lo hagan o no, obtendrán el mismo resultado: sólo estarían obligados a devolver la parte que coincida con los salarios de trámite”. Parece reclamarse un carácter sancionador, lo que llevaría a aplicar la consecuencia –devolución íntegra de las prestaciones– sólo a quienes incumplan con esta obligación. Sin embargo, el voto particular precisa que “no se trata realmente de una sanción sino del ejercicio legítimo, y obligado, de las facultades que corresponden a la entidad gestora (*art. 227 LGSS*) en orden al reintegro de los pagos indebidos”.

## 5. COMENTARIO

El análisis que, en el marco de un comentario de jurisprudencia, realizamos comienza con el apartado precedente al que ha sido objeto de atención. De conformidad con el art. 209.4. LGSS. “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”.

Es decir, en tanto la existencia de salarios de tramitación sólo puede conocerse a partir de la declaración judicial de improcedencia –existencia que además está condicionada a que el empresario no la haya reconocido con anterioridad–, hasta entonces y mientras tanto se está en situación legal de desempleo –por mandato del primer párrafo de este mismo precepto–, pero el derecho a prestaciones derivadas de tal situación no ha nacido.

No obstante, el párrafo final del art. 209.4 señala que “El ejercicio de la acción contra el despido o extinción no impedirá que se produzca el nacimiento del derecho a la prestación”. De esta forma, se introduce una tercera regla que matiza la segunda regla general –el nacimiento del derecho nace una vez transcurrido el período correspondiente a los salarios de tramitación–, por cuanto el derecho a la prestación nace aunque se ejerza la acción que determine, en su caso, la existencia de salarios de tramitación. Con lo cual, se vuelve a la primera regla general; esto es, la decisión empresarial extintiva de la relación laboral sitúa al trabajador en situación legal de desempleo, con los derechos inherentes a la misma.

Precisamente esta idea, la de permitir acceder a la prestación por desempleo sin vincular su percepción a la obligación de recurrir y a esperar la re-

solución de la impugnación, es la que motivó las reformas introducidas en el precepto en el año 2002. Ello da pie a la situación que origina la sentencia que comentamos, por cuanto el posible acceso inmediato a la prestación de desempleo tras el despido, con el consiguiente reconocimiento de salarios de tramitación, determina que éstos retribuyan un tiempo durante el cual se han percibido prestaciones por desempleo.

En estos casos, cuando la extinción contractual de un trabajador -que solicita y es reconocido como beneficiario de prestaciones por desempleo- es reconocida como improcedente por acta de conciliación o resolución judicial, y la opción empresarial sea la indemnizatoria, derivándose salarios de tramitación, el trabajador dejará de percibir dichas prestaciones, “considerándose indebidas, 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”.

Es decir, según este precepto, la declaración de improcedencia con reconocimiento de salarios de tramitación determina la extinción de las prestaciones a la vez que supone que lo percibido por éstas es indebido, sin perjuicio de poder volver a percibir las. Se considera indebido, por tanto, lo reconocido inicialmente, lo que se hace por decisiones sobrevenidas –conciliación, resolución judicial- sobre las que no se impone deber alguno de comunicación aunque sí se dispone que en estos casos el trabajador deberá solicitar el reconocimiento de las prestaciones “y acreditar el período que corresponde a los salarios de tramitación”.

Cuando menos, esto genera confusión por cuanto se impone al trabajador volver a solicitar algo que ya tiene reconocido, lo que no invita, precisamente, a clarificar los deberes que el beneficiario de prestaciones por desempleo tiene frente a la Entidad Gestora. Además, y respecto de la prestación inicialmente reconocida se abren dudas por cuanto deja de percibirse pero ni se suspende ni se extingue, o al menos en ninguno de los preceptos que regulan ambas situaciones –artículos 212 y 213 LGSS, respectivamente- se establece este efecto. Más aún, hay un supuesto donde se prevé de forma expresa la suspensión, caso de lo regulado en el artículo 295 LGSS para los casos en los que habiéndose optado por la readmisión –también si ésta es obligada como consecuencia de la nulidad del despido- se recurre la sentencia. Por otra parte, esta obligación tampoco se clarifica en el artículo 231 LGSS, precepto que con carácter general describe las obligaciones de los beneficiarios de prestaciones por desempleo. Precisamente por todo ello, en el voto particular que se formula a la sentencia objeto de este comentario se dice que “sería deseable que, en el acto inicial de

reconocimiento de la prestación, la gestora advirtiera expresamente al solicitante de las consecuencias que la impugnación del despido pudiera tener en la propia prestación y las obligaciones de información que de ello se derivan”.

En cuanto a si lo indebido debe alcanzar al conjunto de la prestación o sólo a lo que concurre en el tiempo con los salarios de tramitación, parece haber más argumentos a favor de la nueva doctrina del Tribunal Supremo que a favor de la anterior. Y ello, tanto por la finalidad pretendida por el precepto como porque el propio artículo considera que lo indebido no es toda la prestación por desempleo, ya que dispone que la Entidad Gestora efectuará “la compensación correspondiente por las prestaciones indebidamente percibidas”. Es decir, la prestación por desempleo que se regulariza se compensa en tanto haya parte de estas prestaciones que no hayan coincidido en el tiempo con los salarios de tramitación, mientras que otra parte sí lo haya hecho. Si se creyera que todo lo percibido por prestaciones por desempleo es indebido no sería necesario plantear compensación alguna, ya que procedería sin más reclamar su importe al trabajador, situación también contemplada en el precepto pero, y esto es importante, tras la comentada compensación. Además, esta es la única forma de entender que la prestación por desempleo no se ha suspendido ni extinguido, sino regularizado o actualizado a partir del reconocimiento de los salarios de tramitación.

Y por otro lado, las consecuencias del precepto no pueden revestir naturaleza sancionadora por cuanto su finalidad es la compensación y, en su caso, el reintegro de las prestaciones recibidas. Al respecto, no compartimos el carácter sancionador que se desprende de los argumentos esgrimidos en el voto particular para defender que procede la devolución íntegra de la prestación. Y ello porque, el voto particular entiende que limitar lo indebido de las prestaciones por desempleo al período coincidente con los salarios de tramitación aunque el beneficiario no haya cumplido con su obligación supone tratarlo de igual forma que a otro beneficiario que sí lo hubiera hecho. Con lo cual, se pone el acento en el cumplimiento por parte de los beneficiarios de prestaciones por desempleo de la comentada obligación. Por tanto, si la interpretación de la sentencia no se considera adecuada porque trata a todos por igual, parece reclamarse que la previsión legal –devolución íntegra de la prestación– se aplique sólo a quienes incumplan la citada obligación y que ello sea la consecuencia de ese incumplimiento.

Pero la indemnización no es el único escenario posible ya que otro escenario posible es la readmisión del trabajador, situación de la que se deriva el pago de salarios de tramitación. En este caso, el precepto que comentamos señala que “las cantidades percibidas por éste en concepto de prestaciones por desempleo se considerarán indebidas por causa no imputable al trabajador”. En

estos casos, en tanto el trabajador vuelve a prestar servicios, el alta<sup>4</sup> determina que “la Entidad Gestora cesará en el abono de las prestaciones por desempleo y reclamará a la Tesorería General de la Seguridad Social las cotizaciones efectuadas durante la percepción de las prestaciones”. A su vez, se impone el deber al empresario de “ingresar a la Entidad Gestora las cantidades percibidas por el trabajador, deduciéndolas de los salarios dejados de percibir que hubieran correspondido, con el límite de la suma de tales salarios”. Ello debe complementarse con lo dispuesto en el penúltimo párrafo del art. 209.5 b), conforme al cual la Entidad Gestora reclamará al trabajador si la cuantía de la prestación hubiera superado la del salario de tramitación.

Como puede verse, en este segundo escenario –readmisión del trabajador-, la situación es bastante más clara que el primer escenario –indemnización-. De entrada, llama la atención que estos casos se considera que lo percibido por prestaciones por desempleo es indebido pero por causa no imputable al trabajador, lo que contrasta con las previsiones aplicables al primer escenario. Por otra parte, y derivado de la readmisión, el empresario es sobre quien recaen las obligaciones: alta -con las consecuencias que ello provoca en cuanto a las cotizaciones-, e ingreso en la Entidad Gestora de lo percibido por el trabajador en concepto de desempleo, cantidad que se corresponde con la que el empresario descuenta al trabajador por los salarios de tramitación que debe abonarle. Y como consecuencia de ello, la Entidad Gestora reclama, por un lado, a la Tesorería General de la Seguridad Social las cotizaciones efectuadas .que son las que ahora el empresario deberá ingresar derivado de la citación de alta-, y, por otro, al trabajador cuando lo percibido por desempleo haya superado la cuantía de los salarios de tramitación.

Estas previsiones contrastan con la complejidad normativa del primer escenario. De entrada, en éste, como hemos visto, las prestaciones de desempleo de consideran indebidas sin más, a pesar de que el trabajador las ha percibido de igual forma que en el supuesto de readmisión. En efecto, en ambos escenarios la percepción de prestaciones de desempleo deriva de su reconocimiento por la Entidad Gestora, que reconoce el derecho a ser beneficiario de las mismas, y por tanto, en ambos casos, se perciben de manera regular o debida. Por otra parte, en ambos escenarios, las circunstancias sobrevenidas que afectan a ese reconocimiento –improcedencia del despido y existencia de salarios de tramitación- no derivan del trabajador/beneficiario de prestaciones por desempleo y, por tanto, no deben afectar a que lo percibido por desempleo sea debido o indebido. En este sentido, una cosa es que como consecuencia del reconocimiento de tales salarios deba procederse a regularizar la prestación inicialmen-

<sup>4</sup> Según el último apartado del art. 209.5 b) “el empresario deberá instar el alta en la Seguridad Social con efectos desde la fecha del despido o extinción inicial, cotizando por ese período, que se considerará como de ocupación cotizada a todos los efectos”.

te reconocida y otra que se entienda, sin más, que ésta es indebida. En ambos escenarios, la condición de beneficiario de la prestación ha sido correcta, y, a nuestro juicio, no procede calificarla de indebida por una situación posterior no imputable al trabajador. Pero cuando menos, el tratamiento en ambos casos debe ser el mismo, y si se considera indebido debe ser, en todos los supuestos, considerando a la vez que es por causa no imputable al trabajador.

Para finalizar, comentamos algunas propuestas que, a nuestro juicio, pudieran mejorar este confuso precepto. En primer lugar, el apartado cuarto del artículo 209 podría contener sólo el primer párrafo, es decir, la primera regla general, con lo que se eliminaría la complejidad que reviste, ya que lo previsto en las otros dos reglas puede reconducirse a las situaciones contempladas en el siguiente apartado –quinto- del citado artículo. También estimamos que pudiera plantearse unificar el distinto tratamiento entre los dos escenarios posibles tras una declaración o reconocimiento de improcedencia –indemnización o readmisión-. En este sentido, también en los supuestos en los que tras el reconocimiento/declaración de improcedencia no se readmite y se indemniza al trabajador, con abono de los salarios de tramitación, puede seguirse el mismo esquema que en los casos de readmisión.

Así, el empresario a la hora de liquidar estos salarios descontaría lo percibido por el trabajador en concepto de desempleo, ingresando tales cantidades en la Entidad Gestora y ésta reclamaría a la Tesorería lo ingresado en concepto de cotizaciones. Si bien existen diferencias entre optar por la indemnización o por la readmisión, que justifican su distinto tratamiento en su régimen jurídico, no parece que ello impida la igualdad en lo que se refiere a la coexistencia entre salarios de tramitación y prestaciones por desempleo. Partiendo de que ésta no debiera producirse<sup>5</sup>, de lo que se trata es solucionar los supuestos en los que el trabajador reciba cantidades por ambos conceptos. En estos casos, y partiendo de que lo procedente es percibir los salarios de tramitación y no el desempleo, el reintegro de éste a la Entidad Gestora se garantiza mejor por el sistema previsto para los casos de readmisión que imponiendo al trabajador un deber de volver a solicitar algo que ya le fue reconocido.

<sup>5</sup> En tanto la protección por desempleo no tiene sentido si la relación laboral no ha finalizado, que es, de alguna forma, lo que representa el reconocimiento de los salarios de tramitación.