

Salarios de tramitación concurrentes con desempleo: devolución parcial y no íntegra de la prestación

Concurrent processing wages with unemployment: partial and not complete return of the benefit

LOURDES LÓPEZ CUMBRE

CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE CANTABRIA

Resumen

La prestación por desempleo deberá ser objeto de reintegro en la cuantía percibida por el beneficiario como salarios de tramitación. Entre las dos soluciones posibles, a saber, la devolución íntegra de la prestación percibida o tan sólo aquella parte concurrente con el período y la cuantía de los salarios de tramitación, los tribunales han optado por esta última. Incluso han sido más flexibles aún, considerando no tanto la cuantía de los salarios de tramitación que el trabajador debiera percibir sino la realmente percibida. Con todo, circunstancias como una decisión empresarial no ajustada a derecho al tratarse de un despido improcedente o nulo, la concesión sobrevenida de dichos salarios, las nuevas reglas de compatibilidad entre prestaciones y trabajo y, en especial, el hecho de que la indemnización por despido sea compatible tanto con la prestación como con el subsidio por desempleo, deberían permitir relativizar aún más la solución alcanzada.

Abstract

The unemployment allowance shall be for reinstatement in the amount perceived as wages processing. Between two possible solutions, namely, the full return of the benefit or only that portion concurrent with the period and the amount of wages processing, the courts have chosen for the latter. Even they have been more flexible still, considering not so much the quantity of the wages of processing that the worker must perceive but the really perceived one. However, circumstances such as a business decision not adjusted right it is an unfair or null dismissal, the new rules of compatibility between benefits and work and, especially, the fact that the indemnification is compatible with the unemployment should, allow further relativizing the solution reached.

Palabras clave

Desempleo, salarios de tramitación, despido, incompatibilidad, prestación indebida

Keywords

Unemployment, processing wages, dismissal, incompatibility, undue benefit

1. EXPEDIENTE DE REVISIÓN DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO TRAS EL RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE LA IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO: LOS HECHOS

1. En STS 2 de marzo de 2015, Ar. 1285 el Tribunal Supremo estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la actora en reclamación contra el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) sobre su prestación por desempleo. Previamente, el Tribunal Superior de Justicia de Murcia había dictado sentencia el 10 de febrero de 2013 recaída en suplicación y, con anterioridad, fue el Juzgado de lo Social núm.6 de Murcia de 30 de enero de 2013 quien conocería de la demanda de la actora.

El conflicto surge como consecuencia de la resolución dictada por el SPEE el 27 de enero de 2009 reconociendo a la actora prestación por desempleo con efectos de 9 de enero, con una duración de 360 días y con una base reguladora diaria de 46,01 euros. La actora

había sido despedida con fecha 31 de agosto de 2008 por la empresa “Aglomerados del Mediterráneo, S.A.”. Contra dicho acto extintivo de la relación laboral accionó judicialmente, dictándose sentencia por el Juzgado de lo Social núm.6 de Murcia el 16 de septiembre de 2009, declarando la improcedencia del despido y condenando a la empresa a abonar a la demandante la cantidad de 8.296,5 euros en concepto de indemnización y de 12.634,02 euros en concepto de salarios de trámite. El FOGASA abonaría a la actora un total de 150 días de salarios de tramitación por importe de 7.317 euros.

Como consecuencia del reconocimiento judicial de la improcedencia del despido, el SPEE inicia un expediente de revisión de la prestación de desempleo con propuesta de revocación, notificándose a la actora el 12 de noviembre de 2010. Asimismo, en dicha comunicación se le informaba que, de conformidad con la legislación vigente, podía volver a percibir una nueva prestación de desempleo, con fecha de efectos desde la finalización del periodo de salarios de tramitación, si formulaba solicitud en el plazo de quince días desde la recepción de dicha comunicación. La actora no formuló la referida solicitud. Con posterioridad, y mediante resolución del SPEE de 9 de febrero de 2011, se procedería a revocar la resolución anterior dictada el 27 de enero de 2009, declarando indebidamente percibida la prestación por desempleo en el periodo comprendido entre el 9 de enero de 2009 y el 22 de noviembre de 2009 por importe de 9.053,71 euros. Contra esta última decisión administrativa, la actora interpuso reclamación previa, siendo esta última desestimada por resolución de 26 de junio de 2011.

2. Con estos antecedentes se inicia el proceso judicial que culmina con la sentencia objeto de análisis. Inicialmente, el Juzgado de lo Social número 6 de Murcia estimaría parcialmente la demanda presentada contra el SPEE en sentencia de 30 de enero de 2013. Contra la misma, la actora formulará recurso de suplicación dictando la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia la mencionada sentencia de 10 de diciembre de 2013 en la que se desestimará el recurso interpuesto, confirmando el pronunciamiento de instancia. El Tribunal Superior de Justicia de Murcia entiende en dicha sentencia que la prestación por desempleo le fue reconocida a la actora desde la fecha del despido, habiendo percibido la misma desde el día 22 de noviembre de 2009. Condenada la empresa al pago de los salarios de tramitación, el FOGASA abonará alguna cantidad correspondiente a dicho período y con el mismo carácter pero se trata de una cuestión ajena a este proceso, en el que se ventila únicamente la percepción indebida de la prestación. Dejada sin efecto la misma, al carecer la actora del derecho a tal prestación al haber sido reconocidos los salarios de tramitación en período coincidente, aquélla debió solicitar la prestación una vez transcurrido el período de salarios de tramitación a fin de evitar la doble percepción, sin que, en este caso, se hubiese ejercitado esa posibilidad, dejándose transcurrir el plazo otorgado al efecto.

Contra esta decisión, la actora interpone recurso de casación para la unificación de doctrina fundado en la contradicción de la sentencia recurrida –esto es, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 10 de diciembre de 2013– con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 1 de febrero de 2011, Ar. 920. La solución la alcanza el Tribunal Supremo en esta sentencia de 2 de marzo de 2015, Ar. 1285, objeto de comentario y cuya fundamentación jurídica se expone a continuación.

2. LA CONDENA A DEVOLVER LAS CANTIDADES CORRESPONDIENTES A LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO PERCIBIDA EN EL PERÍODO COINCIDENTE CON LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN ABONADOS: LA DOCTRINA JUDICIAL

1. El Tribunal Supremo analiza, en primer lugar, la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 LJS y que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

La sentencia de contraste fue dictada por el Tribunal Supremo el 1 de febrero de 2011, Ar. 920. En ella se procedió a desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el SPEE contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29 de junio de 2009, Ar. 334/2010 en el recurso de suplicación interpuesto frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número 7 de Madrid de 7 de octubre de 2008. Consta en dicho pronunciamiento del Tribunal Supremo que la también actora prestaba servicios por cuenta de la empresa DIA S.A, habiendo sido despedida el día 4 de julio de 2005. Solicitada la prestación de desempleo, le fue reconocida por resolución de fecha 11 de julio de 2005, con una base reguladora de 37 euros diarios y una duración de 600 días (desde el 11 de julio de 2005 al 10 de marzo de 2007). Impugnado el despido, el Juzgado estima la demanda, declara la improcedencia y condena a la empresa a abonar a la demandante los salarios de tramitación (5.233,20 euros). La sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Justicia. La empresa optó por la indemnización y abonó a la demandante 14.092,26 euros, de los que 8.859,06 corresponden a indemnización y el resto a salarios de tramitación, pero la demandante ya estaba percibiendo la prestación por desempleo. Mediante resolución del SPEE, se revoca y anula la anterior resolución por la que se reconocía a la actora el derecho al cobro de prestación por desempleo, declarando el cobro indebido de la prestación y solicitando el reintegro de 13.302 euros.

2. Pues bien, entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LJS. Se trata, en ambos casos, de trabajadoras a las que se les ha reconocido prestación por desempleo tras ser despedidas, la perciben y, tras impugnar el despido, se les reconoce la improcedencia del mismo con la correlativa condena a los salarios de tramitación. Durante un período limitado de tiempo concurren la percepción real de la prestación por desempleo y el abono –retroactivo– de salarios de tramitación, sin que, en ningún caso, las trabajadoras en cuestión hayan puesto este hecho en conocimiento del SPEE, ni hayan solicitado la reanudación de la prestación, una vez superado el período de coincidencia salarios de tramitación/prestación de desempleo, habiendo llegado las sentencias comparadas a resultados contradictorios. Y, así, en tanto la sentencia recurrida entiende que el trabajador ha de devolver la totalidad de la prestación de desempleo percibida, la de contraste razona que únicamente procede la devolución de las cantidades correspondientes al periodo en que hubo coincidencia en la percepción de los salarios de tramitación y la prestación de desempleo.

Se considera irrelevante, a efectos de la contradicción, que en la sentencia recurrida el FOGASA abonara parte de los salarios de tramitación y en la de contraste los abonara la propia empresa ya que lo determinante, por ser ésta la cuestión discutida, es que exista coincidencia en un periodo concreto en el que el trabajador ha percibido los salarios de

tramitación –de la empresa o del FOGASA– y la prestación por desempleo. A la vista de tales datos, el Tribunal Supremo entiende que se presentan las identidades exigidas por el artículo 219 LJS por lo que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el artículo 224 de dicho texto legal, procede entrar a conocer del fondo del asunto.

3. La STS 2 de marzo de 2015, Ar. 1285 analiza, en su fundamento jurídico tercero, la cuestión controvertida si bien decide remitirse a lo expuesto en una de las sentencias de contraste. Pero no a la recurrida sino a la señalada en contradicción, esto es, a la STS 1 de febrero de 2011, Ar. 920 en la que se precisan 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 LGSS (hoy, 268.5 LGSS). Y lo hace apelando a la coherencia ya que se trata de una decisión adoptada en unificación de doctrina que supone seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley. Aquella STS de 1 de febrero de 2011, Ar. 920 –hoy confirmada con esta de 2 de marzo de 2015, Ar. 1285– sirvió para rectificar una doctrina anterior expuesta, fundamentalmente, por la STS 22 de junio de 2009, Ar. 4426.

Como se expusiera, la STS 1 de febrero de 2011, Ar. 920 que ahora se ratifica consideraría que la prestación por desempleo tiene su origen en la situación protegida que es el despido 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” (FJ 5).

4. En atención a lo expuesto, y en relación al objeto de litigio, de todo el periodo en el que percibió prestación de desempleo únicamente le fueron abonados salarios de tramitación por parte del FOGASA durante 150 días, luego éste es el período durante el cual la actora no tenía derecho a percibir la prestación por desempleo. No en vano, constituye ésta la percepción que ha de ser considerada indebidamente percibida y, en consecuencia, es ésta la cantidad que corresponde reintegrar al SPEE, no así la totalidad de la prestación por desempleo.

Razón que conduce a la Sala a estimar el recurso formulado, limitando la obligación del trabajador beneficiario a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas en la parte que simultaneó con salarios de tramitación, esto es, las referidas al período de 150 días en el que cobró los salarios de tramitación abonados por el FOGASA. Procede, así, a casar y anular la sentencia recurrida, limitando la obligación de devolución de las cantidades indebidamente percibidas por el trabajador en los términos señalados, sin costas.

3. LA CUESTIONABLE CALIFICACIÓN COMO “INDEBIDAMENTE” PERCIBIDA DE UNA PRESTACIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL ANTE LA INCERTIDUMBRE DE LA CALIFICACIÓN DE UN ACTO UNILATERAL DEL EMPRESARIO COMO ES EL DESPIDO: LA VALORACIÓN CRÍTICA

3.1. Vigencia residual de los salarios de tramitación

3.1.1. La progresiva desaparición de los salarios de tramitación

1. La constante preocupación empresarial por el coste del despido en España se ha visto reflejada en sucesivas reformas en relación a los salarios de tramitación. Entre otras, y primero (Ley 45/2002, 12 de diciembre, BOE, 13), con la posibilidad de aceptar la improcedencia del despido en el acto de conciliación previa si el empresario ponía a disposición del trabajador en el plazo de cuarenta y ocho horas la indemnización correspondiente o, de ser rechazada por el trabajador, consignando el importe de la misma en el Juzgado de lo Social a fin de evitar el abono de los salarios de tramitación. La segunda, más recientemente, desde la entrada en vigor de la reforma de 2012 [12 de febrero de 2012, (RD-L 3/2012, 10 de febrero, BOE, 11 y Ley 3/2012, 6 de julio, BOE, 7)], en virtud de la cual se suprimen los salarios de tramitación, salvo excepciones, cuando se opte por la indemnización, no así si se decidiera readmitir al trabajador.

Como es sabido, con anterioridad a esta última reforma de 2012, la calificación del despido como improcedente o nulo conllevaba necesariamente el abono de los salarios de tramitación, esto es, el pago de los días que suceden a la comunicación del despido y hasta la calificación del mismo. Ya desde la reforma de 2002, el empresario disponía de tres formas de evitar el pago de los salarios de tramitación: a) entregar la carta de despido, reconocer su improcedencia y ofrecer la indemnización correspondiente sin impugnación del trabajador; b) la misma situación pero con impugnación del trabajador, en cuyo caso, y para dejar de abonar salarios de tramitación, el empresario podía consignar la cantidad correspondiente a la indemnización en el plazo de cuarenta y ocho horas, comunicándoselo al trabajador; y c) finalmente, el empresario podía admitir en el trámite de conciliación previa la improcedencia del despido, depositando la cantidad correspondiente a la indemnización y a los salarios de tramitación devengados hasta esa fecha.

Ahora, tras la reforma operada en 2012 en la normativa laboral, sólo deberán abonarse salarios de tramitación cuando el empresario opte por la readmisión del trabajador. Dicha readmisión puede producirse o bien antes de la notificación de la sentencia judicial o bien con posterioridad a la misma. Con anterioridad, cuando las partes en conflicto decidían de mutuo acuerdo la reincorporación del trabajador. Con posterioridad, por voluntad del empresario –si opta por la readmisión–, por voluntad del trabajador –si es a él a quien corresponde la opción y realiza esta elección– o por imposición de la ley –cuando el despido es calificado como nulo, en cuyo caso sólo procede la reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo– o, en fin, cuando, como expone el art. 56.3 LET, el empresario no señala expresamente el sentido de su opción –pues, de ser así, se entenderá que opta tácitamente por la readmisión–.

2. El legislador justifica esta modificación normativa considerando que el tiempo de duración de un proceso judicial no puede resultar un criterio adecuado para compensar el

perjuicio que supone la pérdida del empleo. En ocasiones, dichos salarios han actuado únicamente como incentivo para activar estrategias procesales dilatorias. Por eso, en la actualidad, y en virtud de lo dispuesto en el art. 56.2 LET, en caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

Una de las principales objeciones a esta reforma es que, con la misma, se incrementa la judicialización del despido toda vez que el empresario no tendrá ya aliciente alguno para consensuar en vía extrajudicial una posible solución si sabe que el importe de la indemnización será el mismo aunque se judicialice la controversia. No en vano, si bien antes podía temer la dilación en el proceso y el pago, en consecuencia, de los salarios de tramitación, ese temor ahora ha desaparecido ya con la reforma. De hecho, la negociación extrajudicial de antes podía conllevar un incremento de la indemnización mínima tasada por la ley para “liberar” al empresario no sólo del proceso sino de los salarios de tramitación en caso de improcedencia. Ahora ya no es necesario y no será previsible que aquél acepte negociación alguna y, mucho menos, un incremento de la indemnización legal. Es más, si bien antes necesitaba disponer del importe de la indemnización en el momento de la conciliación, ahora puede esperar a que se pronuncie el juez sobre la calificación del despido para proceder al pago correspondiente.

Constituirá éste un motivo de oposición constitucional en el recurso planteado contra la citada reforma. Y, así, los recurrentes estimarían la nueva redacción del art. 56.2 LET contraria a los arts. 35.1 y 14 CE, respectivamente. Al limitar el derecho a la percepción de los salarios de tramitación exclusivamente al supuesto en que el empresario opte por la readmisión del trabajador tras la declaración de la improcedencia del despido, se está favoreciendo la extinción definitiva de la relación laboral en contra de la estabilidad en el empleo que proclama el art. 35.1 CE.

Pero la STC 8/2015, tras haber rechazado ya esta tesis en el Auto 43/2014, procede a reiterar que se trata de una opción legislativa que entra dentro del margen de libertad de configuración de las relaciones laborales atribuida por la Constitución Española al legislador. No es función del Tribunal enjuiciar la oportunidad o conveniencia de la elección hecha por el legislador para valorar si es la más adecuada o la mejor de las posibles. Con independencia de que la opción del legislador pueda resultar más o menos atractiva, la elección efectuada cuenta con una justificación que, no pudiendo calificarse de irrazonable, debe ser considerada como suficiente para legitimarla. Por lo demás, la alegación de vulneración del art. 14.1 CE por entender que esta regulación supone una diferencia de trato injustificada y desproporcionada entre los empresarios que optan por la readmisión frente a quienes lo hacen por la extinción también es rechazada en este pronunciamiento por cuanto se pretende comparar las consecuencias jurídicas derivadas del libre ejercicio de una opción personal. Tampoco existe diferencia de trato entre los trabajadores cuya relación se ha mantenido en vigor como consecuencia de la readmisión respecto de quienes han extinguido su relación en la fecha del despido ya que constituye una opción del legislador ordinario que puede legítimamente adoptar sin vulnerar las exigencias del principio de igualdad (FJ 8).

3.1.2. La pervivencia de los salarios de tramitación más allá de la readmisión del trabajador

1. Con todo, no son pocas las situaciones en las que cabe seguir planteando la efectividad de los salarios de tramitación.

Una de ellas es aquella en la que, por cierre de la empresa o por inactividad de la misma o, en general, por incomparecencia en juicio de la empresa, la opción no pueda efectuarse porque la readmisión no sea posible. En este caso, se impone el pago de la indemnización pero se cuestiona si cabe la referencia a los salarios de tramitación o no. Atendiendo a lo dispuesto en el art. 286 LJS, acreditada la imposibilidad de readmisión del trabajador por cese o cierre de la empresa, el juez dictará auto en el que declarará extinguida la relación laboral en la fecha de dicha resolución y acordará que se abonen al trabajador las indemnizaciones y los salarios dejados de percibir. Por lo tanto, procede aquí también el pago de los salarios de tramitación.

Comoquiera que el art. 286 LJS citado constituye un precepto que regula supuestos sobre ejecución de sentencias de despido, el art. 110 LJS señala asimismo que, a solicitud de la parte demandante, si constare no ser realizable la readmisión, podrá acordarse, en caso de improcedencia del despido, tener por hecha la opción por la indemnización en la sentencia, declarando extinguida la relación en la propia sentencia y condenando al empresario a abonar la indemnización por despido, calculada hasta la fecha de la sentencia. A diferencia del supuesto anterior, aquí es el demandante (trabajador) el que decidirá si directamente se declara el despido improcedente en la sentencia –y, por tanto, no se generan salarios de tramitación– o espera a una posterior fase en la que sí se declararían dichos salarios, ya en ejecución. Y no es necesario que la empresa haya cerrado o no tenga actividad alguna sino, como indica el citado art. 110 LJS, basta con que la opción por la readmisión haya devenido imposible. Cuestión más discutible es si la posibilidad de solicitar que se anticipe en la sentencia de despido la opción de la indemnización por imposibilidad de la readmisión corresponde también al FOGASA. De aceptarse, se ahorraría éste el posible abono de los salarios de tramitación en caso de llegar a la fase de ejecución de la sentencia.

Es cierto que el art. 110.3 LJS indica que la opción el empleador deberá efectuarse “sin esperar a la firmeza” de la sentencia notificada. Pero puede ocurrir que la sentencia se recurra, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el art. 111 LJS. Si se ha optado por la readmisión, el empleador está obligado a proceder al reingreso del trabajador de forma provisional. Sin embargo, si se decidiera pagar la indemnización y el trabajador (o el empleador) recurriera la sentencia, el trabajador permanecerá en situación legal de desempleo por lo que se considerará que, tanto la indemnización como los salarios de tramitación, proceden hasta el momento en que se notificó la sentencia o se produjo la opción por el empleador. Sólo si la sentencia que resuelve el recurso eleva la cantidad indemnizatoria podrá el empleador variar el sentido de su opción pasando a readmitir al trabajador, retrotrayendo los efectos económicos “a la fecha en que tuvo lugar la primera elección”, ex art. 111.1.b) LJS. Mas, si se confirma la sentencia recurrida, el sentido de la opción no podrá ser alterado (art. 111.2 LJS). Tanto en un supuesto como en otro, si la nueva sentencia declarase la nulidad del despido, la opción ejercitada se tendrá por no efectuada (art. 111.2 LJS) y, en ninguno de estos casos, se generará derecho a salarios por el proceso impugnatorio toda vez que el trabajador devengará prestación por desempleo. En todo caso,

la indemnización no se calculará –como se haría si el empresario hubiera aceptado la calificación de la improcedencia del despido en el acto de conciliación– en función de la fecha del despido sino en relación a la fecha de la sentencia dictada.

Sea como fuere, el trabajador deberá ponderar si, en una empresa con dificultades económicas y cuyas deudas laborales abonará previsiblemente el FOGASA, dilatar el proceso para obtener salarios de tramitación resulta eficiente. No en vano, el trabajador sabe que las cantidades máximas a abonar por este organismo se hallan tasadas legalmente y no podrán ser superadas por dilaciones procesales de las partes.

2. Por otro lado, conviene precisar un matiz normativo que la reforma ha contribuido a enturbiar. En efecto. La Exposición de Motivos afirmaba sin ambages que con ella se anulaba la posibilidad de reconocimiento de la improcedencia en el acto de conciliación (despido expreso). Desaparece la “posibilidad” pero también la “necesidad” de consignar en cuarenta y ocho horas el importe de la indemnización para evitar los efectos de los salarios de tramitación.

Pero eso no significa que deje de tener efectos cualquier tipo de acuerdo extrajudicial interpartes por el que se reconozca la improcedencia del despido y el abono de la indemnización correspondiente. Sigue siendo posible la conciliación y, por ende, la conformidad de las partes con la calificación. En tal caso, la fecha de efectividad del despido será la consignada en la notificación o, quizá, la consignada en el pacto de aceptación del trabajador pero no será necesaria una sentencia que reconozca y ratifique la calificación del despido como improcedente.

3. Del mismo modo, se entiende que, si la empresa acuerda con el trabajador la reincorporación en el acto de conciliación, no tendrá que pagar, en caso de judicialización, dichos salarios (STS 17 de diciembre de 2013, Ar.8207). Asimismo se considera que sólo procede abonar salarios de tramitación hasta la fecha de finalización de temporada o campaña en el caso de fijos discontinuos si aquella finalizara antes de la sentencia que declara el despido nulo o improcedente siempre que, en este último supuesto, se opte por la readmisión (STS 2 de julio de 2013, Ar.6244). Finalmente, se estima que son salarios de tramitación los que se deducen desde la fecha en que debió incorporarse el trabajador excedente voluntario cuando solicitó readmisión y no fue readmitido o no obtuvo respuesta a su petición hasta la fecha en que se dictó sentencia (ATS 15 de septiembre de 2015, Ar. 245268).

Se cuestiona, así, una afirmación hasta el momento clásica como es el carácter constitutivo que la decisión extintiva del empleador posee en el art. 49.1.k) LET, carácter que se ratifica en el art. 56.1 LET cuando precisa que la extinción del contrato se produce desde “la fecha del cese efectivo en el trabajo”. Como es sabido, desde los años noventa, la jurisprudencia viene defendiendo este carácter constitutivo del acto de despido. Así, la STS 7 de diciembre de 1990, Ar. 9760 afirma cómo “tanto la doctrina científica como la jurisprudencia han coincidido, en término generales, en la naturaleza extintiva de la resolución empresarial del despido, que lleva a determinar el carácter autónomo y constitutivo del acto mismo del despido, que ni siquiera se desvirtúa en los casos del despido nulo” (FJ 5). Esta doctrina rectifica una anterior en la que se entendía que el despido no extinguía por sí mismo el contrato sino que éste quedaba sujeto a condición resolutoria a expensas de su calificación. “Al producirse el despido del trabajador por la empresa, la

relación laboral queda pendiente de una condición resolutoria... en cuyo momento y con efectos *ex tunc* al momento de haberse acordado por la empresa, la relación se considera extinguida; por lo que hasta que dicha condición no se ha cumplido, la relación se considera existente” (STS 8 de abril de 1986, Ar. 1893, FJ 2).

Como señalara la doctrina, el empleador que procede al despido actúa con poder resolutorio, aunque no exista incumplimiento por el trabajador o la falta no tenga suficiente entidad o no se halle tipificada como causa legal¹. En conclusión, el mero acto del despido extingue la relación jurídica sin que deba esperarse a la resolución judicial para que se produzca dicha extinción. La decisión empresarial de despedir rompe la relación laboral, sin perjuicio de que después se determine la improcedencia o nulidad de la misma. Por eso, el art. 55.7 LET declara que “el despido procedente convalidará la extinción del contrato de trabajo que con aquél se produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación”.

Pese a ello, se plantean otras posibilidades tales como tener en cuenta la fecha la del hecho que justifica la extinción (comisión de la falta grave del trabajador) o la de la impugnación judicial del despido (presentación de la demanda por despido) o la de la firmeza de la sentencia. Sea como fuere, y puesto que se trata de una decisión causal, las normas internacionales (entre otras, el art. 10 del Convenio 158 OIT, de 1982 y ratificado por España en 1985) prevén unas consecuencias (readmisión o indemnización) si no existe causa que justifique la decisión empresarial. Por tanto, y sin perjuicio de que los efectos extintivos se retrotraigan a la fecha del despido (*ex tunc*), el derecho del empleador a decidir sobre restablecer la relación o mantener su ruptura no puede ser ejercitado hasta que no exista una calificación judicial del despido.

3.1.3. Las consecuencias de la subsistencia de los salarios de tramitación

1. Los salarios de tramitación se definen legalmente como “una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo” (art. 56.2 LET). En todo caso, con ocasión del abono de los salarios de tramitación “el empresario deberá instar el alta y la baja del trabajador y cotizar a la Seguridad Social durante el período correspondiente a los salarios de tramitación que se considerarán como de ocupación cotizada a todos los efectos” (art. 209.6 LGSS).

Su naturaleza jurídica, salarial o indemnizatoria, no ha resultado pacífica y ha provocado un constante debate en la jurisprudencia social. Inicialmente, las primeras manifestaciones jurisprudenciales aludían a su consideración como salario (por todas, STS 7 de julio de 1994, Ar. 6351, en especial, FJ 3). Los argumentos fueron variando a lo largo de la historia. El Estatuto de los Trabajadores comenzaría refiriéndose a una “indemnización complementaria por salarios de tramitación” pero pasó a regular los “salarios de tramitación”, privándoles del sentido indemnizatorio; la norma laboral aludía a ellos siempre como “salarios dejados de percibir” y no como indemnización; la protección por desempleo surgía —de existir salarios de tramitación— cuando éstos finalizaban por lo que no cabía más que una interpretación salarial de los mismos; este tipo de salarios se consideraban

¹ ALONSO OLEA, M., *El despido*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, pág. 149.

“ocupación cotizada”, reforzando su carácter salarial; y, por último, y entre otros muchos argumentos a favor de su naturaleza salarial, el empresario debía cotizar por ellos como si de una contraprestación salarial se tratara, algo que no ocurría en el caso de las indemnizaciones.

Con el tiempo, ha prevalecido la tesis indemnizatoria (por todas, STS 4 de marzo de 1997, Ar. 3039, en particular FJ 3 considerando los salarios de tramitación en los mismos términos que la indemnización a efectos de consignación de la cantidad adeudada). El hecho de que la relación jurídica se halle extinguida durante el proceso es un argumento que refuerza su consideración indemnizatoria y no salarial; no se abona la actividad laboral del trabajador, inexistente desde que el despido se produce; además, y aunque en relación al despido nulo la norma laboral aluda a los “salarios dejados de percibir”, cuando se refiere al despido improcedente, la readmisión incluye los salarios de tramitación como equivalente a una “cantidad igual a los salarios dejados de percibir”; por otra parte, el hecho de que el FOGASA deba hacerse cargo de los mismos en los supuestos de insolvencia no predetermina su naturaleza salarial puesto que dicho organismo también abona indemnizaciones; por lo demás, la obligación de cotizar por estos salarios de tramitación no supone su naturaleza salarial por cuanto, desde hace casi más de dos décadas, la integración en la base de cotización se rige por criterios tributarios y no estrictamente salariales, pudiendo incluirse cantidades que no son salario y excluirse algunas que sí lo son; finalmente, la legislación laboral permite al empresario exonerarse del pago de los salarios de tramitación o de una parte de los mismos si el trabajador encontrara un empleo, lo que refuerza su naturaleza indemnizatoria y no salarial.

Es cierto que la norma laboral distingue sutilmente entre los salarios de tramitación que se derivan de un despido nulo y aquellos que provienen de un despido improcedente. En el primer caso, se trata de abonar “los salarios dejados de percibir” (art. 55.6 LET) y, en el segundo, “una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir” (art. 56.1 LET), por lo que podría interpretarse que los primeros constituyen salario y los segundos indemnización. Mas, aun cuando se aceptara esta hipótesis, lo que no tendría sentido sería que la indemnización por despido (calculada desde el momento en que se extingue la relación, esto es, desde la fecha del despido) recibiera un tratamiento dispar al de los salarios de tramitación (considerados como indemnización y calculados como una “cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir”, ex art. 56.1 LET)² (Lourdes López Cumbre, Cuadernos Civitas).

2. Con todo, los salarios de tramitación son considerados por el legislador como “salario” y, en consecuencia, están sometidos a las reglas de tributación y de cotización propias del mismo. Procederá el alta y la cotización durante el período en que se devenguen. Su gestión supondrá que, tras haber dado de baja al trabajador con el despido, la empresa deberá darle de alta con efectos retroactivos y abonar la cotización correspondiente. Por esta razón, la TGSS tramitará el alta con efectos retroactivos al conocer la sentencia que obliga a la empresa al abono de los salarios de tramitación.

² LÓPEZ CUMBRE, L., “Calificación como créditos contra la masa o créditos concursales de la indemnización y de los salarios de tramitación derivados de un despido improcedente efectuado con anterioridad al concurso y ejecutado con posterioridad al mismo”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm.98, 2015, pp. 83-98.

3.2. Concesión de la prestación por desempleo y posterior reconocimiento de salarios de tramitación: concurrencia sobrevenida y prestación indebida

3.2.1. El despido y no la calificación del despido como situación legal de desempleo que determina el derecho a la prestación

A) La tortuosa regulación sobre salarios de tramitación y desempleo

1. Una cuestión más delicada es la de la obligación de devolución, en su caso, de los salarios de tramitación percibidos por el trabajador. Tal situación puede darse, entre otras, cuando, recurrida la sentencia, se establece una calificación distinta a la inicial o cuando el trabajador hubiera trabajado en otra empresa y hubiera percibido un salario de la misma (incluido el alta como trabajador por cuenta propia o autónomo) o cuando se dicte sentencia transcurridos 90 días hábiles tras haber abonado la empresa los respectivos salarios de tramitación al trabajador, *ex art. 116.1 LJS*.

De algún modo, éste es el apartado en el que se enmarca la sentencia objeto de análisis en este comentario toda vez que en ella se plantea la incompatibilidad de estos salarios con la percepción de la prestación de desempleo. En efecto. De conformidad con el art. 268.5 LGSS, cuando el despido sea considerado improcedente y se opte por la indemnización, el trabajador continuará percibiendo las prestaciones por desempleo o, si no las estuviera percibiendo, comenzará a percibir las con efectos desde la fecha del cese efectivo en el trabajo, 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. Por su parte, si se produjera la readmisión del trabajador, mediante conciliación o sentencia firme, las cantidades percibidas en concepto de prestaciones por desempleo se considerarán indebidas por causa no imputable al trabajador. De ser así, la entidad gestora (SPEE) cesará en el abono de las prestaciones por desempleo y reclamará a la TGSS 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 le hubieran correspondido, con el límite de la suma de tales salarios.

A estos efectos, se aplicará lo dispuesto en el art. 295.1 LGSS, 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 de los salarios de tramitación. En atención al mismo, corresponderá a la entidad gestora competente declarar y exigir la devolución de las prestaciones indebidamente percibidas por los trabajadores y el reintegro de las prestaciones de cuyo pago sea directamente responsable el empresario. Transcurrido el respectivo plazo fijado para el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas o de responsabilidad empresarial sin haberse efectuado el mismo, corresponderá a la TGSS proceder a su recaudación en vía ejecutiva de conformidad con las normas reguladoras de la gestión recaudatoria de la Seguridad Social, devengándose el recargo y el interés de demora en los términos y condiciones establecidos en esta ley. Por último, y según dispone el art. 268.6 LGSS, en los supuestos de despido improcedente, el empresario deberá instar el alta y la baja del trabajador y cotizar a la Seguridad Social durante el período correspondiente a los salarios de tramitación, período que se considerará como de ocupación cotizada a todos los efectos.

2. La regulación expuesta y contenida en el actual art. 268 LGSS constituye traslación íntegra del antiguo art. 209 LGSS/1994, antes de la refundición llevada a cabo por el RD-Leg. 8/2015, 30 de octubre, BOE, 31. Hasta llegar al mismo hace falta apuntar su introducción como apartados añadidos al primigenio texto del art. 209 LGSS/1994 por la Ley 45/2002, 12 de diciembre, BOE, 13, una modificación de menor relevancia en la DF 3.2 de la Ley 42/2006, 28 de diciembre, BOE, 29 y la introducción de la letra a) del art. 209.5 LGSS/1994 por la DF 5.3. de la Ley 3/2012, 6 de julio, BOE, 7 que es la que recoge la vigente dicción del art. 268 LGSS.

Pero, a lo largo de la historia de este precepto, la normativa aplicable no ha tenido el mismo sentido. De hecho, la modificación operada por la Ley 45/2002 sobre el originario art. 209 LGSS/1994 permitió introducir el apartado 5 del mismo con una regulación distinta a la actual. Allí, el legislador decidió diferenciar, en el caso de despido improcedente con derecho a indemnización, entre los supuestos en los que el trabajador tenía derecho a los salarios de tramitación y los que no. En el supuesto de que no tuviera derecho a los mismos, continuaría percibiendo las prestaciones por desempleo o comenzaría a percibirlas si no las hubiera obtenido todavía. Pero, si tuviera derecho a los salarios de tramitación y no estuviera percibiendo las prestaciones por desempleo, “comenzará a percibirlas con efectos desde la fecha en que finaliza la obligación del abono de dichos salarios”. Y “si estuviera percibiendo las prestaciones dejará de percibirlas, considerándose indebidas, y podrá volver a percibirlas 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”. Como en la actualidad, cuando se produjera la readmisión del trabajador, las cantidades percibidas por éste en concepto de prestaciones por desempleo se considerarán indebidas por causa no imputable al trabajador.

B) La aceptación jurisprudencial del despido y no de su calificación como situación legal de desempleo

1. La evolución normativa se traducirá, lógicamente, en la distinta aplicación que de la misma han hecho los tribunales. La decisión más importante se produce con la STS 1 de febrero de 2011, Ar. 920. Es este pronunciamiento el que observa la distinta regulación introducida en esta materia por la Ley 45/2002 citada. En primer lugar, porque, desde entonces, el despido determina la existencia de la situación de desempleo y el derecho al percibo de las correspondientes prestaciones, razón por la que el art. 209.4 LGSS/1994 señalara que “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”. Pero, en segundo término, por la contradicción que supone reconocer que “si el trabajador tiene derecho a los salarios de tramitación y no estuviera percibiendo las prestaciones comenzará a percibirlas con efectos desde la fecha en que finaliza la obligación del abono de dichos salarios ...” (art. 209.5 LGSS/1994), mientras que, el mismo precepto (art. 209.4 LGSS/1994), establece, por un lado, la posibilidad de obtener la prestación por desempleo desde el momento del despido sin necesidad de impugnarlo y, por otro, que, en caso de que exista un periodo que corresponda a salarios de tramitación, se ha de entender que el nacimiento del derecho a las prestaciones se produce una vez transcurrido dicho periodo.

La situación puede parecer clara cuando el trabajador no hubiera reclamado el desempleo inmediatamente después del despido, procediendo después de haber percibido los salarios de tramitación abonados por la empresa, o cuando se opte por la “regularización” a la que se refería el antiguo art. 209.5 LGSS/1994. Sin embargo, esta STS 1 de febrero de 2011, Ar. 920 entenderá que, si se trata de un trabajador que comienza a percibir las prestaciones por desempleo inmediatamente después del despido, “no cabe decir que el nacimiento del derecho se produjo después de finalizado el periodo que corresponde a salarios de tramitación, teniendo en cuenta que la prestación por desempleo no es doble, sino una sola, que nace desde la extinción del contrato de trabajo y sobre la que se proyectarán las vicisitudes que puedan surgir con posterioridad, como es el supuesto en el que al trabajador se le conceda el derecho a percibir salarios de tramitación después de reconocido el derecho a la prestación” (STS 1 de febrero de 2011, Ar. 920, FJ 4).

2. Que la regulación de este precepto 209 LGSS/1994, tras la modificación operada en el mismo por la Ley 45/2002, resultaba compleja ya había sido puesta de manifiesto con anterioridad por la STS 26 de marzo de 2007, Ar. 3326. En ella se afirmaba que “las finalidades de la compleja regulación contenida en el precepto son esencialmente dos: 1ª) por una parte, permitir la coordinación de los efectos de la apertura del derecho con el despido sin esperar a la calificación de éste y las consecuencias que de esa calificación pueden derivarse en orden al periodo de percepción inicial; 2ª) por otra parte, asegurar la incompatibilidad entre percepción de las prestaciones de desempleo y el abono de salarios de tramitación durante el mismo periodo...” (FJ 3).

Afirmación que comparte y subraya la STS 1 de febrero de 2011, Ar. 920 considerando que dicha regulación “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” (FJ 4).

Para resolverlo, se señala que el art. 209.5 LGSS/1994 comienza advirtiendo que “si estuviera percibiendo las prestaciones dejará de percibirlas, considerándose indebidas”, expresión que “tiene el alcance más bien de norma específica de incompatibilidad, de imposibilidad de percibir de manera simultánea prestaciones y salarios de tramitación, puesto que ambas percepciones vienen a compensar lo mismo, esto es, la falta de percepción salarial, de ingresos, durante un determinado periodo” (STS de 28 de octubre de 2003, Ar. 7870, FJ 2). Y, además, atendiendo a la dicción inicial del art. 209.5 LGSS/1994 en virtud de la cual “podrá volver a percibirlas con efectos desde la fecha en que finaliza la obligación de abono de dichos salarios, previa regularización por la Entidad Gestora del derecho inicialmente reconocido”, el Tribunal Supremo precisa su solución. Y, así, si, como se anticipara, no se trata de dos prestaciones por desempleo distintas, la que se obtiene cuando se produce la situación legal de desempleo protegida –el despido– y la que será fruto de la regularización cuando se conozca el título del que derivan los salarios de tramitación, sino que “la propia norma expresa que se trata de una adecuación, normalización o actualización” (regularización) de lo que se dice que es, en singular, “el derecho inicialmente reconocido”, en el que la existencia de los salarios de tramitación no podían dejar de tener incidencia, ante la indiscutida incompatibilidad con las prestaciones por desempleo (STS 1 de febrero de 2011, Ar. 920, FJ 4).

3. El problema surge entonces al interpretar el mandato contenido en el art. 209.5.a) LGSS/1994 que obliga al trabajador a trasladar a la entidad gestora el reconocimiento de los 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.

Y el Tribunal resuelve dicha discrepancia “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/1994] 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 del 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” (STS 1 de febrero de 2011, Ar. 920, FJ 5).

4. Sin duda, una decisión importante –no exenta de controversia a juzgar por los votos particulares que acompañan a la misma– toda vez que el Tribunal Supremo se aparta de la anterior doctrina dictada en casación en la STS 22 de junio de 2009, Ar. 4426. A diferencia de lo que ahora decide, el Tribunal Supremo optó, en aquella ocasión, por seguir el régimen general previsto en el art. 209.5.a) LGSS/1994 de modo que el actor debía cesar en el percibo de las prestaciones por desempleo con la sanción de la devolución de las percibidas por no haber comunicado a la entidad gestora la existencia de un título que daba lugar al cobro de los salarios de tramitación.

Ahora se minora la “sanción”, deduciendo que existe incompatibilidad en la percepción de salarios y prestación pero que sólo será mientras exista superposición de los periodos concurrentes. De ahí la obligación de devolver parcialmente la prestación indebida y no la totalidad de la misma. Con consecuencias no baladíes. Así, si se reintegra la prestación por desempleo (parcialmente) deberá considerarse que no ha sido consumida por el trabajador afectado durante dicho periodo (STS 14 de febrero de 2012, Ar. 3765, FJ 3).

3.2.2. Algunas dificultades aplicativas de la concurrencia en el tiempo entre salarios de tramitación y prestación por desempleo

La actual redacción del art. 268 LGSS (similar a la última redacción del art. 209 LGSS/1994 introducida por la Ley 3/2012) permite deducir una serie de reglas normativas sobre la concurrencia entre salarios de tramitación y prestación por desempleo. Entre otras que: a) cuando el despido sea considerado improcedente y se opte por la indemnización, el

trabajador continuará percibiendo las prestaciones por desempleo (o comenzará a percibirlas si no las estuviera percibiendo con anterioridad); b) en los supuestos de despido improcedente, el empresario deberá instar el alta y la baja del trabajador y cotizar a la Seguridad Social durante el período correspondiente a los salarios de tramitación, período que se considerará como de ocupación cotizada a todos los efectos; c) si se produjera la readmisión del trabajador, mediante conciliación o sentencia firme, las cantidades percibidas en concepto de prestaciones por desempleo se considerarán indebidamente percibidas por causa no imputable al trabajador; d) en caso de readmisión, la entidad gestora cesará en el abono de las prestaciones por desempleo y reclamará a la TGSS las cotizaciones efectuadas durante la percepción de las prestaciones y, a su vez, 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; y e) en todo caso, el trabajador será responsable de la devolución de lo indebidamente percibido si la cuantía fuera superior a la obtenida por salarios de tramitación.

Con todo, y pese a que la redacción actual del precepto se halla presente en el ordenamiento desde la Ley 3/2012 (requería una reforma puesto que, con la misma, “desaparecían” los salarios de tramitación), aún perviven algunos problemas aplicativos que se exponen a continuación.

A) Dificultades empresariales para conocer la prestación por desempleo concedida y su obligación legal de devolver la prestación indebidamente percibida por el trabajador

1. Existe una queja empresarial generalizada sobre la obligación de descontar una cantidad de los salarios de tramitación que no ha gestionado el empleador y respecto de la cual desconoce tanto el quantum como el quándum toda vez que no es el empresario el que conoce la misma. Se trata de una información de la que disponen el trabajador y la entidad gestora de la prestación por desempleo por lo que, en ocasiones, la empresa sólo puede precisar el importe correspondiente oponiéndose en fase de ejecución procesal para que sea el órgano judicial el que recabe la información exacta.

Y, sin embargo, se entiende que, si la empresa entrega la totalidad del importe de los salarios de tramitación al que ha sido condenada en la sentencia sin deducir lo percibido por el trabajador como prestación por desempleo, deberá reclamarse a la empresa “el ingreso de la cantidad correspondiente a dicha prestación, sin perjuicio de las acciones que quepan ulteriormente entre la empresa y la trabajadora” (STS 22 de enero de 2014, Ar. 658, FJ 2).

2. Por otra parte, se entiende que, 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. Bien es cierto que, como puede comprobarse a lo largo de este análisis, el ejercicio de la acción contra el despido o extinción no impedirá que se produzca el nacimiento del derecho a la prestación. De ahí que, cuando la empresa da cumplimiento a la condena de abono de salarios de tramitación propia de la sentencia que califica el despido como improcedente, el trabajador, normalmente, ya habrá percibido prestaciones de desempleo desde el despido hasta ese momento, generándose la consabida superposición.

Pues bien, en tales circunstancias “la que se considera indebida es la prestación de desempleo, ya que lo adecuado es atribuir a ese periodo el devengo de los salarios de tramitación, por cuanto la declaración de que el despido era improcedente provoca que la relación no se extinga en la fecha del despido (la extinción se producirá en momento posterior a la sentencia y sólo de optarse por la indemnización). Tal es el régimen al que atiene el art. 209 LGSS/1994, en el que se coordina el devenir de esas prestaciones de desempleo con el resultado del acción de despido, distinguiendo según se trate de despido improcedente en el que se opta por la indemnización, de cumplimiento de la sentencia mediante la readmisión, o de declaración de extinción de la relación laboral en los casos de los arts. 281.2 y 286 LJS” (STS 14 de febrero de 2012, Ar. 3765, FJ 3).

Pero cuando se trata de la readmisión, tras la sentencia estimatoria de la demanda de despido (o por acuerdo en conciliación o, incluso, cuando la readmisión no se produzca, el art. 268 LGSS (antiguo art. 209 LGSS/1994) no sólo declara indebidas las prestaciones, sino que considera que esa circunstancia no es imputable al trabajador. Dicho precepto indica que, 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 estos efectos, respecto al reintegro de prestaciones de cuyo pago será directamente responsable el empresario así como de la reclamación al trabajador si la cuantía de la prestación hubiera superado la del salario. Por tanto, “el SPEE debe recuperar lo abonado y la norma legal impone a la empresa el deber de ingresar la prestación descontándola de los salarios, de suerte que, únicamente en el caso de que las prestaciones superen el importe de tales salarios, se impondrá al trabajador la obligación de devolver las diferencias” (STS 14 de febrero de 2012, Ar. 3765, FJ 3).

B) Falta de obligación de reintegrar si falla la percepción de los salarios de tramitación

1. Se considera, en coherencia, que no procede admitir la incompatibilidad expuesta si el trabajador no percibiera –pese a tener derecho a ello– los salarios de tramitación. No habiéndose producido el doble y coincidente abono, resulta imposible calificar como indebidas las prestaciones por desempleo. Es lo que sucede cuando el FOGASA reconoce el derecho a percibir indemnización pero no salarios de tramitación.

Declarada la insolvencia de la empresa, “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” (STS 4 de diciembre de 2013, Ar. 8166, FJ 2). Y, así, cuando los salarios de tramitación se incluyen en la condena de la empresa de la sentencia que declara el despido improcedente pero no son percibidos por la situación de la empresa, “no cabe interesar la incompatibilidad entre prestación y salarios puesto que estos últimos no han sido percibidos” (STS 23 de enero de 2013, Ar. 1425, FJ 2).

2. Conviene precisar, no obstante, en relación a lo expuesto, si la falta de reclamación de los salarios de tramitación a los que tiene derecho el trabajador supone una “renuncia” a los mismos, ya que, en tal caso, supondría la percepción íntegra de la prestación por

desempleo. De hecho, cuando se produce una falta de percepción efectiva porque, en ejecución de sentencia, se excluye de la liquidación dichos salarios, cabe considerar que la percepción de la prestación por desempleo determina la falta de reclamación por parte del trabajador. Sin embargo, no suele constar la renuncia expresa por parte del trabajador a la reclamación de dichos salarios sino la mera información de que se halla percibiendo prestaciones de desempleo. En tal caso, 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 la citada STS 23 de enero de 2013, el Tribunal Supremo subraya que, respecto a la cuestión de la coincidencia en el tiempo de salarios de tramitación y prestaciones por desempleo, el art. 268.5 LGSS (antiguo art. 209.5 LGSS/1994 al que hace referencia la sentencia) alude a los supuestos en que, en el proceso de despido, debiera haberse producido la readmisión pero ésta no se produjo. De ahí que el precepto se refiera al percibo de prestaciones por parte del trabajador si no las estuviera percibiendo. Por eso, sólo en el caso de estar percibiéndolas, se pone en marcha el complejo mecanismo de la restauración de la incompatibilidad al que se refiere la STS 1 de febrero de 2011, Ar. 920, ya aludida en este análisis. No siendo así, no habiéndose producido el doble y coincidente abono, resulta imposible considerar indebidas las prestaciones de desempleo puesto que el actor procedió a efectuar toda la actividad procesal a su alcance para la ejecución de la sentencia que le había reconocido el derecho a tales salarios de tramitación, acudiendo incluso FOGASA tras ser la declaración de insolvencia de la empresa. Como advirtiera con anterioridad el Tribunal Supremo, el legislador parte 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” (SSTS 26 de marzo de 2007, Ar. 3326, 18 de mayo de 2011, Ar. 4984, 5 de febrero de 2013, Ar. 2859, 27 de marzo de 2013, Ar. 3833 y 13 de mayo de 2013, Ar. 5143, entre otras).

C) El debate sobre la inexistencia de incompatibilidad cuando la prestación por desempleo se recibe en su modalidad de pago único

1. Especial interés despierta asimismo la diferencia entre la obligación de reintegrar lo indebidamente percibido y la incompatibilidad. En este matiz repara la STS 14 de abril de 2015, Ar. 2369, porque así lo pone de manifiesto la sentencia recurrida (STSJ Andalucía –Granada– de 13 de febrero de 2014) que, a su vez, revoca parcialmente la sentencia del Juzgado de lo Social en la que se eximía al actor de devolver cantidad alguna de lo percibido por desempleo. En este caso, y a diferencia de lo que suele ser frecuente, el abono de la prestación se hace en su modalidad de pago único, causando alta posteriormente en el régimen especial de trabajadores autónomos. La declaración de improcedencia del despido inicial supuso la obligación de percibir salarios de tramitación que le fueron abonados al actor por el FOGASA oportunamente. En consecuencia, el servicio público de empleo le

reclama el reintegro de la prestación reconocida por ser incompatible con la percepción de los salarios de tramitación pero la sentencia del Juzgado de lo Social exime al actor de la devolución.

Para justificar la revocación parcial de la sentencia, la Sala de suplicación distingue entre el reintegro de la prestación por cobro indebido y la incompatibilidad, y considera que, durante la percepción de los salarios de tramitación, se produce un cobro indebido de la prestación por desempleo que ha de ser reintegrada, pero no es incompatible. Y, así, el hecho de ser declarada judicialmente la improcedencia del despido y el abono de los salarios de tramitación por el FOGASA por insolvencia empresarial, con posterioridad al reconocimiento de la prestación de desempleo en su modalidad de pago único para la incorporación del beneficiario a la actividad por cuenta propia, no permitiría denegar la prestación por incompatibilidad con la actividad puesto que esta actuación sería contraria al espíritu de la norma que posibilita esa modalidad de percepción precisamente para estimar el autoempleo. Pero el que no sean incompatibles no significa que no resulten reintegrables las prestaciones percibidas correspondientes al periodo cubierto por el pago de los salarios de tramitación. Una solución muy diferente a la de la sentencia de contraste (STSJ La Rioja de 14 de abril de 2011) que admite el derecho de la actora al percibo de la prestación por desempleo en la modalidad de pago único que tenía reconocida, sin necesidad de devolver lo correspondiente a los salarios de tramitación.

2. Entre estas dos posibilidades (aceptar que, como se trata de pago único no se genera obligación de reintegro de la prestación, o, admitir que existe dicha obligación, ya sea de la totalidad de la prestación o de la parte concurrente con la cuantía de los salarios de tramitación), el Tribunal Supremo opta en esta STS 14 de abril de 2015, Ar. 2369 por la doctrina de la sentencia recurrida, apoyando su decisión, asimismo, en la STS 1 de febrero de 2011, Ar. 920.

De esta forma entiende que la indebida prestación sólo es predicable de los lapsos temporales en que la misma se ha compaginado con el percibo de salarios de tramitación, pues es únicamente esa situación la que origina la incompatibilidad y da lugar a la correspondiente obligación de reembolso. Doctrina que considera aplicable a la prestación de desempleo en la modalidad de pago único toda vez que “la finalidad del pago único, como medida favorecedora del trabajo por cuenta propia, no implica que su naturaleza jurídica difiera de la prestación de desempleo fraccionada cuyo derecho deriva en ambos casos de una prestación de servicios por cuenta ajena anterior” (FJ 2). Conviene tener en cuenta que el importe de ese pago único es equivalente a la prestación periódica reconocida al beneficiario. Procede, pues, solicitar el reintegro de lo percibido por desempleo durante el período coincidente con la percepción de salarios de tramitación, incluso aunque se trate de una prestación por desempleo percibida a tanto alzado como modalidad de pago único.

4. CONCLUSIONES: UNA REVISIÓN DE LA SOLUCIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL EN LA CONCURRENCIA DE SALARIOS DE TRAMITACIÓN Y PRESTACIÓN POR DESEMPLEO. LAS NUEVAS REGLAS DE COMPATIBILIDAD ENTRE PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL Y TRABAJO

1. No cabe cuestionar la solución alcanzada por la STS 2 de marzo de 2015, Ar. 1285 comentada. La prestación por desempleo deberá ser objeto de reintegro en la cuantía percibida como salarios de tramitación por el beneficiario. Opta así el Tribunal por una devolución parcial que no íntegra de la prestación percibida, considerando sólo como indebida la parte correspondiente a la concurrencia del período en que el beneficiario devengó como trabajador los salarios de tramitación. Una jurisprudencia respetuosa con la adoptada en la STS 1 de febrero de 2011, Ar. 920 y mantenida en pronunciamientos posteriores como el de la STS 30 marzo de 2015, Ar. 2007, por considerar como prestación indebida la correspondiente al período contemplado como concurrente y no a otros, consolidando así esta tesis.

E incluso novedosa si se tiene en cuenta que, a diferencia de otros pronunciamientos, esta STS 2 de marzo de 2015, Ar. 1285 analizada admite que no se devuelva el importe de los salarios de tramitación a los que fue condenado el empresario sino la cantidad correspondiente a aquellos salarios de tramitación efectivamente abonados al trabajador. En el caso de autos, el trabajador obtuvo únicamente los salarios pagados por FOGASA durante un período determinado (en concreto, 150 días), por lo tanto “estos días son a los que no tenía derecho a la percepción de la prestación por desempleo, que es indebida, y, en consecuencia, ha de reintegrar al SPEE las cantidades correspondientes a dichos días que han sido indebidamente percibidas, pero no la totalidad de la prestación por desempleo percibida” (FJ 3).

2. La justificación de la incompatibilidad reside en que ambas cantidades compensan lo mismo; a saber, la falta de percepción de salarios durante un determinado período. La prestación por desempleo tiene su origen en una situación protegida que no es otra que la del despido. De ella se obtiene una única prestación, la de desempleo, en la que incidirá después un hecho, la percepción de los salarios de tramitación. Este hecho que acontece con posterioridad, requiere “regularización” por la incompatibilidad (sobrevenida) establecida legalmente.

Pero cada vez son más frecuentes supuestos en los que se permite compatibilizar prestación o pensión y salario. Incluso, cada vez es más habitual admitir que la prestación o el subsidio por desempleo sirvan para reinsertar a los trabajadores a la actividad laboral, aceptando la compatibilidad entre la renta salarial y la prestación social. Éste es el sentido del artículo 282 LGSS que, si bien mantiene la regla general de la incompatibilidad entre prestación y/o subsidio por desempleo y salario reconoce excepciones en su apartado tercero. Y, así, cuando lo establezca algún programa de fomento al empleo destinado a colectivos con mayor dificultad de inserción en el mercado de trabajo, cabrá la posibilidad de compatibilizar la percepción de la prestación por desempleo o del subsidio por desempleo pendientes de percibir con el trabajo por cuenta ajena, en cuyo caso la entidad gestora podrá abonar al trabajador el importe mensual de las prestaciones en la cuantía y duración que se determinen, sin incluir la cotización a la Seguridad Social. Durante el período de percepción de las

prestaciones, el empresario deberá abonar al trabajador la diferencia entre la prestación o subsidio por desempleo y el salario que le corresponda, siendo, asimismo, responsable de cotizar a la Seguridad Social por el total del salario indicado, incluido el importe de la prestación o subsidio. Asimismo, con el fin de hacer efectivo el derecho a la formación de trabajadores ocupados así como de incrementar las posibilidades de empleo de trabajadores desempleados, se determinarán programas que permitan a las empresas sustituir a los trabajadores en formación por otros trabajadores desempleados beneficiarios de prestaciones por desempleo. También en este caso los trabajadores podrán compatibilizar las prestaciones con el trabajo.

Tal vez la defensa de una compatibilidad entre la prestación y los salarios de tramitación resulte exorbitada toda vez que permitiría al trabajador “duplicar” sus ingresos por una misma causa y en un mismo período. Pero permitir al trabajador que acceda a la prestación en el momento en que se hace efectivo el despido, percibir la prestación hasta obtener una sentencia que califique tal extinción como improcedente o nula y exigir, con posterioridad, la devolución de la misma –aunque sea de forma parcial y no íntegra, como, con buen criterio, establece la sentencia comentada– genera excesiva incertidumbre en el trabajador. Aunque se opte por la incompatibilidad, el hecho de “necesitar” durante el tiempo en que se tramita la demanda contra una decisión empresarial no ajustada a derecho (pues los salarios de tramitación procederán cuando el despido sea calificado improcedente o nulo) obligaría a relativizar el gravamen de la misma. Y, amén de la solución aportada por esta sentencia –no se reintegra todo el importe de la prestación sino únicamente aquel concurrente– debiera arbitrase una forma de neutralizar lo que el legislador denomina “causa no imputable al trabajador”, reduciendo en un porcentaje la cuantía de la obligada devolución. Una solución nada extraña si se atendiera a un argumento. La consideración de la naturaleza “indemnizatoria” y no “salarial” de los salarios de tramitación conduciría necesariamente, de ser aceptada, a la compatibilidad plena entre dichos salarios y la prestación por desempleo pues, no en vano, así ocurre entre la indemnización por despido y la prestación por desempleo e incluso –lo que resulta más difícil de aceptar y ha sido admitido por el legislador– entre la indemnización por despido y el subsidio por desempleo.