

Desempleo contributivo: no procede reintegro sin cobro de salarios de tramitación (STS 26 de marzo de 2007); y desempleo parcial sin reducción de jornada (STS 5 de mayo de 2004)

Contributory unemployment: no refund without payment of processing salaries (STS [Supreme Court Judgement] 26 March 2007); and partial unemployment without reduction of working hours (STS 5 May 2004)

JUAN ANTONIO MALDONADO MOLINA

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (acreditado a Catedrático) Universidad de Granada

© <https://orcid.org/0000-0002-5673-3620>

Cita sugerida: MALDONADO MOLINA, J.A. "Desempleo contributivo: no procede reintegro sin cobro de salarios de tramitación (STS 26 de marzo de 2007); y desempleo parcial sin reducción de jornada (STS 5 de mayo de 2004)". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum. Extraordinario* 2021: 87-93.

Resumen

Se analizan dos Sentencias sobre desempleo, en las que actuó como Ponente Desdentado Bonete, con una gran impacto doctrinal y jurisprudencial: la STS de 26 de marzo de 2007, que declaró la improcedencia del reintegro en caso de que no hubiera cobro de salarios de tramitación por desaparición o insolvencia de la empresa; y la STS de 5 de mayo de 2004, relativa al desempleo parcial sin reducción de jornada por autorización administrativa, permitiendo prestar cobertura a una situación que no parecía amparada, sin que fuera exigible la autorización administrativa cuando la situación se origina con un nuevo contrato.

Abstract

Two rulings on unemployment in which Desdentado Bonete acted as Judge and which had a great doctrinal and jurisprudential impact are analysed: the STS of 26 March 2007, which declared the reimbursement inadmissible in the event that there was no collection of processing salaries due to disappearance or insolvency of the company; and the STS of 5 May 2004, relative to partial unemployment without reduction of working hours due to administrative authorization, allowing coverage to be provided for a situation that did not seem covered, without requiring administrative authorization when the situation arises with a new contract.

Palabras clave

Desempleo; reintegro; desempleo parcial

Keywords

Unemployment; refund; partial unemployment

1. INTRODUCCIÓN

Con tristeza, no puedo iniciar sino rememorando lo que intelectualmente supuso la obra del Maestro D. Aurelio Desdentado Bonete en mi formación como jurista especializado en Derecho de la Seguridad Social.

En 1992, finalizada mi Licenciatura, inicié mi aproximación a esta rama del Derecho –dado que no se incluía en el Plan de Estudios– de la mano de mi Maestro, el prof. Vida Soria, que me orientó sobre las lecturas a realizar en la materia. Entre ellas puso especial énfasis en el Manual de Seguridad Social, de De la Villa Gil y Desdentado Bonete, con dos ediciones a cargo de Aranzadi (1977 y 1979). Pese a ser una obra que llevaba más de veinte años sin reeditarse, sus planteamientos generales eran todo un referente en cada institución.

Desde entonces, las publicaciones de Desdentado han sido (son y serán) constante fuente de inspiración en mis investigaciones. Como muestra, decir que en mi tesis Doctoral (*La*

Protección de la Vejez en el Sistema español de Seguridad Social, 2000), se citaron 37 publicaciones distintas en las que Desdentado era autor o coautor, siendo el investigador con más referencias citadas en mi tesis. Sirvan, pues, estas líneas no solo como homenaje, sino sincero agradecimiento personal.

Sus aportaciones han ido más allá del ámbito científico, como se apreciará en este Número Extraordinario. De la extensa doctrina judicial en la que actuó como Ponente, destacan las numerosísimas Sentencias que versan sobre Seguridad Social. De ellas, me corresponde hacer glosa de dos relativas al desempleo.

Pero antes de entrar en su análisis, hay que recordar que una de las materias en las que Desdentado destacó como investigador es precisamente la del desempleo. En concreto, aprovechamos para rememorar las siguientes publicaciones (por orden cronológico ascendente):

- «Las prestaciones de desempleo ante la crisis», *Papeles de Economía Española*, núm. 12-13, 1982
- «Cobertura del desempleo», en *El derecho del trabajo y de la seguridad social ante la crisis económica*. Universidad Complutense de Madrid, 1984
- «Crisis y protección del desempleo». La evolución del sistema español, *RL*, 1985 (II)
- «Las prestaciones de desempleo. 1974-1985», *Información Comercial Española*, núm. 630-631, 1986
- «La situación legal de desempleo: requisitos sustantivos y formalización», *Cuadernos de Derecho Judicial*, El derecho de la Seguridad Social, 1993
- Problemas de la protección por desempleo de los trabajadores mayores de cincuenta y dos años: límite de rentas y acceso a la pensión del seguro obligatorio de vejez e invalidez, *La Ley*, núm. 1, 1996
- *El desempleo como situación protegida. Un estudio sobre los problemas de acceso a la protección en el nivel contributivo y en el asistencial*, Civitas, Madrid, 1996
- «En el laberinto: desempleo asistencial y jubilación de los trabajadores migrantes entre el Derecho Comunitario y las “leyes de acompañamiento”», *La Ley*, núm. 1, 1999
- «La reforma de la protección por desempleo en la Ley 45/2002», en García-Perrote Escartín (Coord), *La Ley 45/2002 de reforma de la protección por desempleo: (la “reforma” de la reforma del despido, de los salarios de tramitación y del desempleo)*, 2003
- «El desempleo del extranjero “sin papeles”», *Diario La Ley*, núm. 6985-6987, 2008
- «La situación protegida en el desempleo contributivo. Un recorrido por la jurisprudencia reciente», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 89, 2010

Este bagaje investigador refuerza más aún sus Sentencias en la materia, que en las dos que procedemos a analizar tuvieron un importante impacto tanto en el campo científico como jurisprudencial. Con ellas, Desdentado dejó huella en nuestro Derecho de la Seguridad Social.

Así, la STS de 26 marzo 2007 (RJ/2007\3326), fue objeto de diversos comentarios y referencias doctrinales, entre los que están:

- Pedro Rabanal Carbajo, «Desempleo y Salarios de tramitación», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 74, 2008
- M.^a Luz García Paredes. «Desempleo. Reintegro de prestaciones por el empresario», *Actualidad Laboral* 18-Quincena 16 al 31 de octubre de 2009
- Pepa Burriel Rodríguez-Diosdado, «El cambio de la doctrina del tribunal supremo respecto del binomio salarios de tramitación-prestación de desempleo (a propósito de las SSTs de 1 de febrero y de 21 de marzo de 2011)», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm, 27, 2011

- Adoración Guamán Hernández, «A vueltas con la concurrencia entre prestación por desempleo y salarios de tramitación», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 10/2012;
- Francisco Javier Hierro Hierro, «Prestación por desempleo, salarios de tramitación y responsabilidad empresarial de reintegro de prestaciones». STSJ País Vasco 9 octubre 2012 (JUR 2013, 43958). *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 11/2013
- Lourdes López Cumbre, «Salarios de tramitación concurrentes con desempleo: devolución parcial y no íntegra de la prestación», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. Extraordinario 1, 2016

Y fue referenciada en innumerables Autos y Sentencias. Limitándonos a las Sentencias del TS, hay que estar a las siguientes es las que expresamente se apoyan en la STS de 26 de marzo de 2007:

STS (Sala de lo Social), de 9 marzo de 2009, RJ 2009\2874
 STS (Sala de lo Social), de 18 de mayo de 2011, RJ 2011\4984
 STS (Sala de lo Social), de 23 de enero de 2013, RJ 2013\1425
 STS (Sala de lo Social), de 5 de febrero de 2013, RJ 2013\2858
 STS (Sala de lo Social), de 13 de mayo de 2013, RJ 2013\5143
 STS (Sala de lo Social), de 18 de septiembre de 2013, RJ 2013\6589
 STS (Sala de lo Social), de 23 de octubre de 2013, RJ 2013\8112
 STS (Sala de lo Social), de 4 de diciembre de 2013, RJ 2013\8166
 STS (Sala de lo Social), de 13 mayo. RJ 2020\2026

En cuanto a la STS de 5 de mayo de 2004 RJ\2004\5017, también ha sido prolíficamente referenciada. En el ámbito doctrinal en -al menos- las siguientes publicaciones:

- Lourdes Meléndez Morillo-Velarde, «Una nueva situación de desempleo protegida: cese en un contrato temporal a tiempo completo y suscripción sin solución de continuidad de un contrato a tiempo parcial con la misma empresa. Comentario a la STS 5 de mayo 2004 (RJ 2004, 5017)», *Aranzadi social*, núm. 3, 2004
- Antonio Vicente Sempere Navarro; Ángel Arias Domínguez; Yolanda Cano Galán Francisco Javier Hierro Hierro; Lourdes Meléndez Morillo-Velarde; Ana Isabel Pérez Campos: «Comentario al artículo 221 de la Ley General de la Seguridad Social. Incompatibilidades de prestaciones». *Códigos con Jurisprudencia. Ley General de la Seguridad Social*, Aranzadi, 2008
- Juan Molins García-Atance, «El descuelgue salarial y la reducción temporal de jornada», *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 2/2010
- Daniel Toscani Giménez, «La modificación de condiciones de trabajo en la reforma laboral de 2012», *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 155/2012.

Y las resoluciones del TS, limitándonos nuevamente a Sentencias, se apoyan en la STS de 5 de mayo de 2004 las que siguen:

STS (Sala de lo Social) de 27 octubre 2004. RJ 2005\1312
 STS (Sala de lo Social) de 1 julio 2015. RJ 2015\4110
 STS (Sala de lo Social) de 27 julio 2015. RJ 2015\5154
 STS (Sala de lo Social) de 14 septiembre 2015. RJ 2015\4189
 STS (Sala de lo Social) de 15 septiembre 2015. RJ 2015\4196
 STS (Sala de lo Social) de 18 diciembre 2015. RJ 2015\6417
 STS (Sala de lo Social) de 21 diciembre 2015. RJ 2015\6423
 STS (Sala de lo Social) de 20 julio de 2016. RJ 2016\4423
 STS (Sala de lo Social) de 22 septiembre de 2016. RJ 2016\4744

2. ANÁLISIS DE LA STS 26 DE MARZO DE 2007: NO PROCEDE REINTEGRO DEL DESEMPLEO SI NO HAY COBRO DE SALARIOS DE TRAMITACIÓN

La concurrencia de salarios de tramitación y prestación por desempleo ha generado frecuentes controversias que no han sido fáciles de resolver, siendo además una cuestión que se reformó por la Ley 42/2006 (con posterioridad a la Sentencia comentada). En esta Sentencia se analiza si procede el reintegro de la prestación por desempleo en caso de que, procediendo el cobro de salarios de tramitación tras un despido improcedente, la empresa deviene insolvente y no llega a abonar los salarios de tramitación.

La controversia se centraba en si era aplicable la letra b) o bien la c) del artículo 209.5 LGSS 1994 (en la redacción dada por la Ley 45/2002, marco normativo que fue reformado por la Ley 42/2006). La LGSS parte de que la situación legal de desempleo se produce con el despido (artículo 208.1.c) LGSS 1994: 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”. El precepto citado añade 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”).

Si el despido se declara procedente, el reconocimiento inicial no se modifica. Pero en caso de improcedencia o nulidad del despido, la regulación distingue tres supuestos, que delimita el TS en la Sentencia, y que han sido reproducidos en numerosos pronunciamientos posteriores:

El primero se refiere al despido improcedente con opción por la indemnización, existiendo en este caso dos situaciones con distinto tratamiento jurídico, en atención a si el trabajador tenga derecho o no a salarios de tramitación. Si no percibe salarios de tramitación no hay ningún conflicto de concurrente con la prestación por desempleo, ya la perciba o no, y lo que en este caso hace el legislador es indicar que sucede con ese derecho prestacional en el supuesto de que se esté o no abonando al trabajador. Más complicado resulta la situación en la que el trabajador percibe salarios de tramitación –recordamos que es respecto de la opción por la indemnización–, en cuyo caso pueden presentarse dos supuestos, en función de si el trabajador está o no cobrando la prestación por desempleo. En el primer supuesto, dado que lo percibido por el trabajador hasta el momento en que finalizan los salarios de tramitación será indebido y en ese instante es cuando puede volver a percibir la prestación, será necesario regularizar esa situación, ya compensando lo indebidamente percibido o bien reintegrándolo el propio trabajador.

El siguiente supuesto es aquel en el que se opta por la readmisión. En este caso se comprende tanto los supuestos en que este efecto se produce por conciliación, por sentencia firme o no se lleve a cabo dicha readmisión en el despido nulo (cuya calificación obliga a la ejecución de la sentencia en sus propios términos). En estos casos la prestación será indebida y corre a cargo del empresario la obligación de detraer de los salarios de tramitación el importe de lo percibido por el trabajador como desempleo para que aquél lo ingrese en la Entidad Gestora.

En último lugar, se recoge el caso en el que se dicta auto de extinción de la relación laboral en el incidente de no readmisión o readmisión irregular del despido improcedente o bien por resultar imposible la readmisión por cese o cierre de la empresa, en cuyo la situación de concurrencia del derecho a salarios de tramitación con la prestación por desempleo se resuelve por las reglas previstas para el caso de la opción por la readmisión, esto es apartado b)

del art. 209.5 LGSS, aunque esta forma de resolver esa concurrencia fue modificada por la reforma introducida por la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del estado para 2007, en cuya disposición final 3.^a2 sustituyó la referencia al apartado b) por el a), de forma que desde esa reforma se equiparan los supuestos de extinción de la relación laboral por no readmisión, en el despido improcedente, o por cierre o cese de la empresa, a los de opción por indemnización, de forma que es el trabajador el responsable de reintegrar lo percibido indebidamente o de sufrir la compensación en el momento en que, al finalizar la percepción de salarios de tramitación, vuelva a percibir la prestación por desempleo. En estos casos, deberán distinguirse los salarios de tramitación que corresponden al periodo comprendido entre el despido y la sentencia que lo declara improcedente y que el empresario debe abonar cuando procede la readmisión del trabajador por la que se ha optado –lo que, a mi juicio, llevaría a una situación que debería regirse por el apartado b), si concurren con percepción de prestación por desempleo–, del otro periodo de salarios de tramitación que se generan desde la notificación de la sentencia hasta que se dicta el auto declarando extinguida la relación laboral [art. 279.2 c) LPL], que es a la que se refiere este supuesto contemplado en el artículo 209.5 c) LGSS, cuando concurren con prestación por desempleo.

La STS de 26 de marzo de 2007, además de sistematizar la compleja casuística legal al respecto, también remarcó las finalidades de esta regulación, indicando que “son fundamentalmente dos: 1^a) 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 período de percepción inicial, 2^a) por otra parte, asegurar la incompatibilidad entre percepción de las prestaciones de desempleo y el abono de salarios de tramitación durante el mismo período. Para ello, se parte del abono de las prestaciones a partir del despido, pero, si con posterioridad la calificación de éste implica el abono de salarios de tramitación con cargo a la empresa, la doble percepción se evita mediante el reintegro de las prestaciones –prestaciones en sentido estricto y cuotas– y la apertura de un nuevo período de desempleo protegido a partir de la calificación. Las variantes en función de la asunción del reintegro (compensación de las prestaciones percibidas en el primer período por las que han de reconocerse para el segundo; reintegro por el trabajador o reintegro por el empresario) son instrumentales respecto a la idea general que preside el reajuste”.

La Sala de lo Social del TS, actuando como Ponente D. Aurelio Desdentado, concluye con un criterio de máxima justicia social y lógica aplastante: “en cualquier caso de lo que se parte es de que ha habido una doble percepción de salarios de tramitación y prestaciones de desempleo en el primer período de reconocimiento inicial de la prestación y esto hace que la solución del reintegro no pueda, en principio, aplicarse cuando, como ocurre en el presente caso, 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”.

Además rechaza el argumento que se esgrimió la Sala de lo Social de Cantabria recurrida, que entendió que “ello no produce perjuicio alguno al actor, porque el reintegro de lo indebidamente percibido no impide un nuevo reconocimiento de la prestación de desempleo a partir del auto que declara extinguida la relación laboral”. Así, el TS precisa que “no puede decirse que este perjuicio se compensa por la apertura de un nuevo derecho a partir del auto que declara extinguida la relación, porque tal compensación es hipotética: puede que el trabajador haya encontrado otro empleo o lo encuentre en breve y entonces tendrá que devolver

las prestaciones percibidas, pese a que ha estado en desempleo y no ha percibido salarios con cargo a la empresa. Es cierto que los salarios podrían abonarse por el Fondo de Garantía, conforme a lo que prevé el artículo 33.1 ETT, y entonces se estaría ante una situación de incompatibilidad, también total o parcial, que habría que resolverse de acuerdo con los criterios generales. Pero cuando no ha existido ni percepción de salarios de tramitación con cargo a la empresa, ni con cargo al Fondo de Garantía Salarial, no se da el supuesto previsto para la anulación del primer período de percepción y el comienzo del segundo. La solución más adecuada es mantener el primer período de percepción y no acordar el reintegro de las prestaciones percibidas. Sólo si el abono de los salarios se produce, podrá procederse al reajuste de la situación en los términos ya examinados”.

3. ANÁLISIS DE LA STS DE 5 DE MAYO DE 2004: DESEMPLEO PARCIAL SIN REDUCCIÓN DE JORNADA, SINO NUEVO CONTRATO

En esta Sentencia, el TS –de la mano de D. Aurelio Desdentado como Ponente– hizo una valiente interpretación de los supuestos protegidos por desempleo, reconduciendo un caso que en principio no encajaba en los tipos de desempleo previstos, y permitiendo prestar cobertura a una situación que no parecía amparada. Esta doctrina fue tan innovadora y creativa, que de ella se dijo suponía «Una nueva situación de desempleo protegida» (Meléndez Morillo-Velarde).

El supuesto de hecho, como decimos, no es el que contempla la LGSS para el desempleo parcial. No se trata de una reducción temporal de al menos una tercera parte de jornada derivada de una regulación de empleo (con autorización administrativa, por tanto) (art. 203.3 LGSS 1994), sino de una persona a la que se le extingue un contrato de duración determinada, y sin solución de continuidad la misma empresa le hace otro contrato, también de duración determinada por obra o servicio, pero en esta ocasión a tiempo parcial.

La Entidad Gestora (Instituto Nacional de Empleo), denegó la prestación por entender que la reducción de su jornada ordinaria de trabajo no tenía la preceptiva autorización administrativa. Sin embargo, el Juzgado de lo Social sí estimó la demanda, Sentencia que fue recurrida por el INEM, estimando el TSJ de Galicia que no procedía el desempleo parcial, que es lo que pide el trabajador. Éste no solicitó prestación por desempleo total para, con posterioridad, compatibilizarla con el trabajo a tiempo parcial, sino que directamente demandó la prestación por desempleo parcial.

Para la casación, se aportó como Sentencia otra de contraste precisamente del propio TSJ de Galicia, que admitió el desempleo parcial argumentando que no es necesaria la autorización de la autoridad laboral, porque no estamos en un supuesto de una modificación del contrato de trabajo. Y es la Sentencia de contraste la que –señala el TS– contiene la doctrina correcta.

Así, la STS considera que no nos encontramos ante una reducción de jornada que se produce en el marco de un contrato de trabajo vigente, sino ante un nuevo contrato que establece una jornada notablemente inferior a la que regía en otro contrato anterior ya extinguido con la misma empresa. Reconoce que aparentemente la única situación de desempleo parcial es la que define el artículo 203.3 LGSS (reducción temporal de jornada), sin que hubiera reducción temporal de la jornada ordinaria cuando se trata de la jornada establecida por primera vez en un contrato que sucede a otro en el que se aplicó una jornada mayor.

Sin embargo, y aquí es donde el Ponente mostró su gran talla como jurista, hay que tener en cuenta la regla del artículo 221.1 LGSS, relativa a la incompatibilidad del trabajo con

el desempleo, que permite excepcionalmente el cobro del desempleo con el trabajo que se realice a tiempo parcial y en este caso añade el precepto que «se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado».

La Sentencia recurre al elemento teleológico, señalando que “La finalidad de esta norma es no desalentar la aceptación de empleos a tiempo parcial por parte de los trabajadores desempleados. Pero, si se observa con detenimiento, lo que en realidad se produce como consecuencia de la aplicación de esta regla es una cobertura específica del desempleo parcial dentro de una situación de desempleo total que se transforma desde el momento en que, disfrutando ya de la prestación o del subsidio, se encuentra un empleo a tiempo parcial. Ese desempleo que se produce dentro de la concurrencia con un empleo parcial será normalmente también un desempleo parcial, tanto en el plano conceptual como en el práctico, pues la regla sobre la reducción proporcional de la prestación del artículo 221.1 LGSS coincide con la regla sobre el cálculo de la prestación a tiempo parcial del artículo 211.4 LGSS, a tenor del cual «la prestación por desempleo parcial se determinará, según las reglas señaladas en los apartados anteriores, en proporción a la reducción de la jornada de trabajo»”.

Partiendo de esa innovadora visión, el TS considera que en ese caso ya no tienen sentido las exigencias del artículo 203.3 LGSS sobre la necesidad de autorización administrativa, porque la autorización administrativa no se puede exigir cuando la situación se origina con un nuevo contrato y lo mismo sucede con la limitación aplicable al carácter no permanente de la reducción en relación con una cobertura que por su naturaleza sólo está vinculada a la duración legal de la prestación.

Es el supuesto previsto en el art. 221.1 LGSS (trabajador que causa derecho al desempleo a tiempo completo por el cese del primer contrato y luego compatibilizar la prestación reconocida con la reducción prevista en aquel precepto con el nuevo empleo a tiempo parcial). Lo único que ha sucedido es que, al no existir solución de continuidad entre las dos contrataciones, se ha seguido la vía de no solicitar el desempleo total por el cese en el primer contrato y recurrir al empleo parcial. Pero esta diferencia meramente formal y temporal no debe llevar a la exclusión de la protección. Es más, aunque esto no sea relevante, en el presente caso la solución de entrada en el desempleo total hubiera sido aplicable en atención al dato que recoge el hecho probado segundo –el nuevo contrato a tiempo parcial es para trabajar los sábados y domingos– pues entre el cese en el trabajo anterior y el comienzo del nuevo se rompe la continuidad y hay un período efectivo de desempleo total.

Es en este sentido en el que puede concluirse que el TS, de la mano de D Aurelio Desdentado, creó una nueva situación de desempleo parcial distinta de la prevista en el art-203.3 LGSS, que sería la que acontece que cuando se reduce el desempleo contributivo al compatibilizarse con el desempeño de un trabajo a tiempo parcial, y ello pese a que no llegara a encontrarse en situación legal de desempleo en ningún momento (por formalizarse los contratos sucesivos sin solución de continuidad), porque lo que prima es la necesidad de evitar la desprotección en situaciones que siendo sustancialmente idénticas, sólo presentan una diferencia meramente formal (entre solicitar la prestación por desempleo derivada de un contrato a tiempo completo y luego verla reducida al compatibilizar su percibo con un trabajo a tiempo parcial o solicitar directamente la prestación ya reducida) y temporal (no se produjo solución de continuidad entre ambos contratos), que no debe llevar a la exclusión de la protección.