

**TRIBUNAL SUPREMO  
SALA DE LO SOCIAL**

**SENTENCIA:**

Presidente Excmo. Sr. D. : Luis Gil Suárez

Fecha Sentencia: 01/07/2003

Recurso Num.: 008/4017/2002

Ponente Excmo. Sr. D.: Aurelio Desdentado Bonete

Excmos. Sres.:

D. Luis Gil Suárez

D. Aurelio Desdentado Bonete

D. Victor Fuentes López

D. Luis Ramón Martínez Garrido

D. Gonzalo Moliner Tamborero

---

En la Villa de Madrid, a uno de Julio de dos mil tres. Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO, representado y defendido por el Abogado del Estado, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 19 de julio de 2.002, en el recurso de suplicación nº 7078/01, interpuesto frente a la sentencia dictada el 27 de mayo de 2.001 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona, en los autos nº 185/01, seguidos a instancia de D. FRANCISCO G.R. contra dicho recurrente, sobre prestaciones por desempleo.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido D. FRANCISCO G. R. representado y defendido por el Letrado Sr. Loperena Jene.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. AURELIO DESDENTADO BONETE

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El 19 de julio de 2.002 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó sentencia, en virtud del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona, en los autos nº 185/01, seguidos a instancia de D. FRANCISCO G. R. contra dicho recurrente, sobre prestaciones por desempleo. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña es del tenor literal siguiente: "Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de Empleo, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona, en fecha 27 de mayo de 2001, recaída en los autos núm. 185/2001, en virtud de demanda deducida por D. FRANCISCO G.R., frente al citado INSTITUTO, en reclamación por prestación contributiva por Desempleo; y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución".

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de 27 de mayo de 2.001, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona, contenía los siguientes hechos probados: "1º.- El demandante Francisco G. R., DNI 6.948.161, prestó servicios en la empresa La Casera C.S., S.A, desde el 16 de julio de 1947 hasta el 28 de febrero de 1997 en que se extinguió su contrato de trabajo en virtud de resolución dictada en el Expediente de Regulación de Empleo núm. 33/1996 de la Dirección General de Trabajo y Migraciones.

El actor, que se encontraba en situación de incapacidad temporal en el momento de extinción de su contrato, percibió mediante pago directo del INSS el subsidio derivado de dicha contingencia hasta el 7 de octubre de 1998. La causa de extinción del subsidio fue la resolución de 7 de octubre de 1998 del Instituto Nacional de la Seguridad Social en virtud de la cual se declaraba que el demandante no se encontraba en grado alguno de incapacidad permanente. ---2°.- Solicitadas las prestaciones de desempleo ante el Instituto Nacional de Empleo por resolución de 23 de noviembre de 1998 le fueron reconocidas por una base reguladora de 7.444 pesetas y por un período de 720 días desde el 8 de octubre de 1998 al 7 de octubre de 2000. ----3°.- En virtud de sentencia del juzgado de lo social número 1 de Barcelona, de fecha 8 de julio de 1999, se declaró al actor en situación de incapacidad permanente total. Formulado recurso de suplicación por la entidad gestora, por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de junio de 2000 se revocó el pronunciamiento de la sentencia recurrida, no reconociendo al trabajador demandante en situación de incapacidad permanente. ----4°.- En trámite de ejecución provisional durante la sustanciación del recurso el actor optó por percibir la prestación por incapacidad permanente que le fue reconocida por la sentencia del juzgado social número 1, causando baja en las prestaciones por desempleo el 20 de julio de 1999, cuando había consumido 283 días del total de 720 días reconocidos de dichas prestaciones. Durante el período 21 de julio de 1999 al 30 de junio de 2000 el actor percibió las prestaciones por incapacidad permanente total. ----5°.- Solicitada la reanudación de la prestación por desempleo al INEM, se le reconocen inicialmente 437 días desde el 1 de julio de 2000 hasta el 17 de septiembre de 2001, al haberse descontado los 283 días consumidos de dicha prestación hasta el 20 de julio de 1999. ----6°.- Por el Instituto Nacional de Empleo se inicia el 20 de octubre de 2000 procedimiento de revisión de la resolución que se le reconocen al actor la reanudación de prestaciones, dictándose nueva resolución el 27 de noviembre de 2000, por la que se modifica la anterior y en consecuencia se tienen como consumidos hasta el 1 de julio de 2000 623 de los 720 días de prestación por desempleo reconocidos en la resolución inicial. ----7°.- Presentada reclamación previa contra dicha resolución, la misma fue desestimada por resolución expresa de la entidad gestora de 12 de febrero de 2001. ----8°.- La fecha de efectos de la prestación de desempleo que se solicita es desde el 8 de octubre de 2000 hasta el 17 de septiembre de 2001 y por una base reguladora de 7.444 pesetas. ----9°.- Desde el 6 de diciembre de 2000 el actor tiene reconocido el subsidio por desempleo de mayores de 55 años".

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: "Que, estimando la demanda interpuesta por Francisco G.R., contra el Instituto Nacional de Empleo, debo declarar y declaro el derecho del actor a percibir la prestación por desempleo desde el 8 de octubre de 2000 al 17 de septiembre de 2001, calculadas sobre la base reguladora de 7.444 pesetas día, condenando al Instituto Nacional de Empleo al abono de dicha prestación, sin perjuicio de la compensación de las cantidades que el actor venga percibiendo en concepto de subsidio de desempleo".

TERCERO.- El Abogado del Estado en representación del INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO, mediante escrito de 28 de octubre de 2.002, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de noviembre de 2.000. SEGUNDO.- Se alega la infracción de los artículos 213.1.f) de la Ley General de la Seguridad Social y 16.1 del Reglamento de Prestaciones por desempleo.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 8 de noviembre de 2.002 se tuvo por personado al recurrente y por interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 25 de junio actual, en cuya fecha tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Al actor, que se encontraba en situación de desempleo y percibiendo la prestación correspondiente, le fue reconocida por sentencia de instancia la pensión de incapacidad permanente total. En ejecución provisional de esta sentencia el trabajador optó por percibir la pensión, pero, por sentencia firme dictada en suplicación, fue revocada la decisión de instancia y entonces el trabajador solicitó la reanudación de la prestación de desempleo. Los días consumidos por desempleo antes de pasar a la percepción de la pensión de incapacidad han sido 283, pero el Instituto Nacional de Empleo, en lugar de reconocer la reapertura del derecho por el periodo de 437, la ha limitado, en la resolución que se impugna, al tener por agotados 623 días de los 720 iniciales, descontado así, no sólo el tiempo de percepción de la prestación de desempleo, sino el de abono de la pensión de incapacidad permanente total, de 21 julio de julio de 1999 a 30 de junio de 2000. La sentencia recurrida ha entendido que el periodo de percepción de la prestación de incapacidad permanente total no debe deducirse. En la sentencia de contraste, dictada también por la Sala de lo Social de Cataluña el 17 de noviembre de 2.000 en el mismo supuesto se llega a la solución contraria, por estimar que en caso de concurrencia, con la consiguiente incompatibilidad, entre la pensión de incapacidad permanente total y el desempleo tan consumida queda una prestación como otra en el periodo coincidente cualquiera que haya sido el sentido de la opción del trabajador.

SEGUNDO.- Existe la contradicción que se alega y, por tanto, ha de entrarse a conocer del motivo que denuncia la infracción de los artículos 213.1.f) de la Ley General de la Seguridad Social y 16.1 del Reglamento de Prestaciones por desempleo. Una primera aproximación a la cuestión debatida consiste en tratar de encuadrar la situación de incompatibilidad producida en el marco de la extinción o suspensión de las prestaciones contributivas de desempleo. No está, desde luego, comprendida esta situación en la relación del artículo 212.1 de la Ley General de la Seguridad Social que enumera los supuestos de suspensión de la prestación de desempleo. Por el contrario, el artículo 213.1. f) de la misma ley sí que menciona como causa de extinción de la prestación el "pasar a ser pensionista de jubilación, o de invalidez permanente en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, incapacidad permanente absoluta para todo trabajo o gran invalidez", añadiendo que "en estos casos de invalidez, no obstante, el beneficiario podrá optar por la prestación más favorable". Pero la inclusión del caso controvertido en el artículo 213.1.f) de la Ley General de la Seguridad Social debe ser descartada, porque el precepto está refiriéndose a un supuesto en el que se produce un reconocimiento definitivo del derecho a una pensión de la Seguridad Social, lo que no puede considerarse aplicable a un reconocimiento temporal como el que surge durante una situación de ejecución provisional por imperativo del artículo 292 de la Ley de Procedimiento Laboral, que sólo cubre, en principio, la tramitación del recurso. La aplicación extensiva del artículo 213.1.f) de la Ley General de la Seguridad Social ha de excluirse por la inadecuación de los efectos de la extinción para tratar una situación como la controvertida, pues la extinción provoca la pérdida irremediable del derecho a la prestación, que sólo se reabre en el supuesto contemplado en el artículo 210.3 de la Ley General de la Seguridad Social, por la realización de trabajo durante un periodo igual o superior a doce meses, quedando además consumidas las cotizaciones empleadas en el reconocimiento de la prestación extinguida (artículo 210.2 de la Ley General de la Seguridad Social). Estos efectos tan graves sobre el derecho a la prestación no se justifican en un supuesto en que la situación de incompatibilidad es temporal y de hecho tampoco la gestora demandada ha sostenido esa tesis, pues ha reabierto el derecho, aunque descontando de la

duración máxima de la prestación de desempleo el período de percepción de la pensión de incapacidad permanente. Por el contrario, la suspensión sólo produce una interrupción del abono de la prestación que vuelve a reanudarse terminada la causa suspensiva, sin que reduzca el periodo de percepción reconocido, salvo en el caso de sanción (artículo 212.2 de la Ley General de la Seguridad Social), y es a la suspensión a la que se asemeja más la situación del actor como consecuencia de la temporalidad que se produce en su condición de pensionista como consecuencia de tratarse de un reconocimiento provisional. Si es así, hay que concluir que no cabe descontar de la duración máxima del desempleo el tiempo de percepción de la pensión de incapacidad permanente total.

TERCERO.- Por otra parte, hay que añadir que la analogía con otra situación limitada en el tiempo, como es la prevista en el artículo 222 de la Ley General de la Seguridad Social para la concurrencia entre la prestación por desempleo y la situación de incapacidad temporal tampoco conduciría a solución distinta, pues el artículo 222 de la Ley General de la Seguridad Social, en su redacción vigente hasta la modificación introducida por el artículo 34.10 de la Ley 24/2001, que es la aquí aplicable, prevé una incompatibilidad, pero ésta se articula a través de dos reglas diferentes: 1ª) si la incapacidad temporal se produce antes de iniciarse la situación legal de desempleo, se aplica la prestación de incapacidad hasta su terminación y el tiempo de percepción no se descuenta del periodo de percepción del desempleo, 2ª) si la incapacidad temporal se inicia estando ya el trabajador percibiendo la prestación de desempleo, se aplica también la prestación de incapacidad temporal, pero el tiempo de permanencia en la incapacidad temporal no se descuenta de la duración máxima de la prestación de desempleo. La aplicación de esta segunda regla por la vía de la analogía debe excluirse en el presente caso por dos razones. En primer lugar, porque el trabajador se encontraba ya en situación de incapacidad temporal cuando se extinguió su contrato de trabajo y de ese proceso deriva la incapacidad permanente reconocida judicialmente, por lo que la situación guarda mayor similitud con el supuesto de hecho de la primera regla. En segundo lugar, porque la segunda regla es una norma excepcional de control que tiene, sin duda, la finalidad de prevenir la apertura abusiva de procesos de incapacidad temporal en la situación de desempleo, y, por tanto, no debe generalizarse fuera del caso para el que ha sido prevista. Por el contrario, es la primera regla, que excluye el descuento, la que más se ajusta a la lógica de la protección en una situación de concurrencia entre una incapacidad temporal o provisional y el desempleo, pues durante esa situación no hay propiamente desempleo, al no existir o estar gravemente limitado un elemento esencial de la definición del desempleo como situación protegida: la capacidad de trabajo.

CUARTO.- Tampoco es decisivo el argumento que razona a partir del artículo 16.2 del Reglamento aprobado por Real Decreto 625/1985, pues si es cierto que, agotada la prestación de desempleo, el trabajador que ha optado por ella, en una situación de incompatibilidad con la pensión de incapacidad permanente total, puede iniciar la percepción de esta pensión, de ello no se sigue que en el caso de la opción contraria haya de deducirse de la duración de la percepción de desempleo el periodo de abono de la pensión de incapacidad, porque lo único que impone la norma es la prohibición de la doble percepción, pero no el descuento del periodo consumido; descuento que además no tiene sentido en una prestación que no está limitada en el tiempo como es la pensión de incapacidad permanente. Se consume y no se abona, en la prestación concurrente no elegida en la opción, el tiempo durante el que se ha percibido la prestación por la que se ha optado, pero ese tiempo no se descuenta de la prestación que vuelve a iniciarse tras la incompatibilidad, porque lo que se prohíbe es la percepción simultánea de dos prestaciones incompatibles; no la percepción sucesiva de prestaciones no concurrentes.

Por ello, el recurso debe desestimarse, sin que haya lugar a la imposición de costas por gozar la entidad recurrente del beneficio de justicia gratuita.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

**FALLAMOS**

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 19 de julio de 2.002, en el recurso de suplicación nº 7078/01, interpuesto frente a la sentencia dictada el 27 de mayo de 2.001 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona, en los autos nº 185/01, seguidos a instancia de D. FRANCISCO G. R. contra dicho recurrente, sobre prestaciones por desempleo. Sin imposición de costas.

Devuélvase las actuaciones y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.**- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.