

## **La impugnación judicial de la protección por desempleo<sup>1</sup>**

Amparo Esteve-Segarra. Profesora Titular de Universidad. Magistrada Suplente Sala de lo Social TSJ Comunidad Valenciana. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat de València (UV). Facultad de Derecho. [amparo.esteve@uv.es](mailto:amparo.esteve@uv.es) orcid.org/0000-0003-3773-4668

### **ÍNDICE**

#### **1.- Introducción**

#### **2.- La competencia de los órdenes jurisdiccionales en materia de impugnación de las cuestiones relativas a la protección por desempleo**

##### 2.1.- La competencia del orden jurisdiccional social

###### 2.1.1.- La competencia en materia prestacional

2.1.2.- La competencia en materia de reintegro de prestaciones de desempleo indebidamente percibidas y responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones indebidas

2.1.3.- Los conflictos derivados de la modalidad de pago único de la prestación por desempleo

2.1.4.- La impugnación de la imposición de sanciones a los trabajadores en materia de desempleo

2.1.5.- Otras cuestiones competenciales vinculadas a la protección por desempleo

A.- La impugnación de actos administrativos en materia de desempleo de carácter no prestacional: sanciones para empresarios y programas para desempleados que agoten prestaciones y subsidios

B.- Los conflictos con los servicios públicos de empleo en materia de intermediación laboral y otras cuestiones

2.2.- La competencia del orden contencioso-administrativo en cuestiones de desempleo

2.3.- El ilícito penal en materia de fraude en la obtención o disfrute de prestaciones

#### **3.- Cuestiones específicas de las modalidades procesales de Seguridad Social en materia de desempleo**

##### 3.1.- Normas comunes

###### 3.1.1.- Órgano judicial competente

###### 3.1.2.- Especialidades en los actos previos

###### 3.1.3.- Legitimación

###### 3.1.4.- Personación de otras personas que ostenten un interés legítimo

###### 3.1.5.- Expediente administrativo

3.1.6.- Especialidades en materia de alegaciones: en particular, la prescripción y la caducidad

---

<sup>1</sup> Publicación realizada en el proyecto de investigación “La protección por desempleo en los umbrales del siglo XXI: logros, insuficiencias y propuestas alternativas”, DER2012-36783.

- 3.1.7.- Especialidades de prueba y sentencia
- 3.1.8.- Recurso de suplicación
- 3.1.9.- La sentencia que resuelva el recurso de suplicación, ejecución provisional y efectos de la revocación de la sentencia
- 3.2.- La revisión de actos declarativos de derechos en perjuicio de los beneficiarios
- 3.3.- El procedimiento para declarar la responsabilidad del empresario por prestaciones por desempleo en caso de contratación temporal abusiva

#### **4.- La impugnación de actos del SPEE en materia de sanciones por desempleo de carácter no prestacional**

#### **5.- Procedimientos de oficio**

- 5.1.- Procedimientos de oficio con finalidad calificadora
  - 5.1.1.- Objeto del proceso
  - 5.1.2.- Especialidades de la demanda y de la prueba
  - 5.1.3.- Partes del proceso
  - 5.1.4.- Especialidades de la sentencia
- 5.2.- La declaración de nulidad del acuerdo en fase de consultas
  - 5.2.1.- El objeto de este procedimiento
  - 5.2.2.- Inicio del procedimiento e interpretación judicial sobre el sometimiento de la acción a un plazo de caducidad
  - 5.2.3.- Legitimación
  - 5.2.4.- Especialidades en materia de prueba y contenido de la resolución
  - 5.2.5.- Especialidades de la sentencia

#### **6.- Las acciones de reclamación de salarios debidos y su incidencia en la base reguladora de la prestación por desempleo**

#### **7.- La interacción de la protección por desempleo con acciones extintivas**

- 7.1.- La acción de despido
  - 7.1.1.- La incompatibilidad con salarios de trámite y las operaciones de regularización con la prestación por desempleo
  - 7.1.2.- El reintegro de lo indebidamente percibido como prestación por desempleo con los salarios de trámite
  - 7.1.3.- El ingreso de las cotizaciones y el recalcule de la prestación de desempleo
  - 7.1.4.- La compatibilidad con otras indemnizaciones
- 7.2.- La acción de extinción del contrato de trabajo del art. 50 ET

#### *PALABRAS CLAVES*

*DESEMPLEO, PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL, PROCESO JUDICIAL, MODALIDADES PROCESALES, ORDEN SOCIAL*

#### *KEYWORDS*

*UNEMPLOYMENT, SOCIAL SECURITY BENEFITS, PROCEDURAL RULES, WORK-RELATED LAWSUIT*

#### **RESUMEN**

El capítulo versa sobre el tratamiento procesal de la protección por desempleo. Se trata de una cuestión importante en la práctica pues la protección por desempleo es una fuente de gran litigiosidad. El trabajo repasa en primer lugar, la distribución entre los diferentes órdenes jurisdiccionales (social, contencioso-administrativo y penal) de las cuestiones relativas al desempleo. A continuación, se examinan las modalidades procesales de Seguridad Social, que ocupan una posición estelar en las impugnaciones en materia de desempleo, con especial incidencia en la doctrina judicial más reciente. En tercer lugar, se examinan otras modalidades procesales relacionadas con la protección por desempleo, como determinados procesos de oficio. Finalmente, la protección por desempleo se pone en relación con otros procesos judiciales como los de despido, extinción del contrato a instancia del trabajador por la vía del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores o las reclamaciones por salarios debidos que pueden afectar a la base reguladora.

#### ABSTRACT

The article deals with the procedural treatment of unemployment protection. This is an important issue in the practice because unemployment benefits are a great effect as source of litigation. The first paper reviews the distribution between different jurisdictional orders (social, contentious-administrative and criminal) matters relating to unemployment. Then, the procedural rules of Social Security, occupying a prime position in the appeals in unemployment, with special emphasis on the latest judicial doctrine. Third, other procedural rules relating to protection against unemployment, dismissal and certain processes are examined. Finally, unemployment protection is put in relation to other legal processes such as dismissal, termination of the contract at the employee by way of Article 50 of the Worker's Statute or claims for unpaid wages that may affect the regulatory base.

## 1.- Introducción

Es claro que la impugnación de la protección por desempleo es un área de notable interés no sólo por la tradicional litigiosidad que provocan sus prestaciones y subsidios y la revisión de los mismos, sino también por la importancia cuantitativa y cualitativa de estas prestaciones en el sistema de Seguridad Social<sup>2</sup>. Además, la coyuntura normativa ha impuesto cambios al publicarse diversos textos legales que inciden en la regulación procesal de esta prestación. Uno de los más evidentes son los cambios introducidos en el texto refundido de la LGSS. Sin entrar ahora en detalles sobre la génesis y contenido de este implorado nuevo texto refundido, es obvio que se ha aprovechado el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social -en adelante TRLGSS-2015- para mejorar la sistemática y coordinar las normas de seguridad social con las procesales<sup>3</sup> y las sustantivas<sup>4</sup>. El nuevo texto constituye una indudable mejora formal en el complejo sistema jurídico de

---

<sup>2</sup> En este sentido, aunque no existen análisis concretos sobre la impugnación de las cuestiones por desempleo, su importancia derivaría de la alta incidencia de las reclamaciones sobre prestaciones de Seguridad Social, siendo las de desempleo, una de las que más litigiosidad provoca. Vid. Datos estadísticos sobre el volumen de asuntos en <http://www.empleo.gob.es/es/estadisticas/anuarios/2014/AJS/AJS.pdf>

<sup>3</sup> Y es que el TRLGSS de 1994 aún hacía referencia a la LPL (por ejemplo, en el art. 208 al definir la situación legal de desempleo), de manera que se ha aprovechado el nuevo texto refundido para actualizar la referencia a la vigente ley forense y al número del artículo correspondiente (es ilustrativa la consideración de que no está en situación legal de desempleo el trabajador despedido al que se le comunica la fecha de reincorporación y no insta este derecho o la ejecución prevista en el art. 279 LRJS, cuando el anterior art. 208 TRLGSS-1994 aún hacía referencia al art. 276 LPL).

Otras reubicaciones se contienen en el art. 267 TRLGSS-2015, que incluye diferentes cambios. En primer lugar, se establece a continuación de la definición de la situación de despido como situación legal de desempleo, una previsión de coordinación con la regulación procesal. En concreto, se instituye que si se interpone recurso contra la sentencia que declare el despido improcedente si el empresario hubiera optado por la indemnización – supuesto del art. 111.1.b) LRJS- el trabajador se considerará en situación legal de desempleo involuntario, pudiendo percibir la prestación por desempleo si cumple el resto de los requisitos y durante el tiempo que le corresponda. En realidad este párrafo que se añade en el art. 276.1.a).3º TRLGSS-2015 no es a novedad. La consideración de dicho período como de desempleo involuntario ya se establecía en el art. 111.1.b) LRJS y en el antiguo artículo 208.3 TRLGSS-1994. Se trataría de coordinar la regulación sustantiva y procesal y de mejorar la sistemática del precepto.

Una mejora sistemática se establece también en el art. 267.1.a).6º II párrafo. En este caso, tras la consideración como situación legal de desempleo de la expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, siempre que dichas causas no hayan actuado por denuncia del trabajador, se establece una acotación para los supuestos del art. 147 LRJS. Este precepto regula un específico procedimiento para declarar la responsabilidad del empresario por prestaciones por desempleo en caso de reiterada contratación temporal abusiva o fraudulenta. Respecto a esta situación, el TRLGSS-2015 introduce la previsión de que los trabajadores se entenderán en situación legal de desempleo por finalización del último contrato temporal, pudiéndosele reconocer las prestaciones por desempleo si cumplen el resto de los requisitos. Empero, se trata de una mera explicitación de una cuestión que ya se deducía de la regulación procesal, en cuanto a la posibilidad de reconocer la prestación por desempleo por el último de los contratos temporales y que antes estaba ubicada en otro apartado (el art. 208.4 TRLGSS-1994).

Otro cambio se contiene en el art. 267 TRLGSS-2015 en relación con la situación legal de desempleo y se refieren a la forma de acreditar determinadas situaciones legales de desempleo. A este respecto, el apartado 3 del art. 267 establece la forma de acreditar la situación legal de desempleo, reubicando la anterior regulación que estaba contenida en la DA 63ª del TRLGSS.

<sup>4</sup> Por ejemplo, se elimina la referencia a la autorización administrativa en los procedimientos de suspensión del contrato del art. 47 del TRET o se introduce la alusión a los procedimientos concursales.

Seguridad Social, pero pese a los progresos en el texto legal, algunas normas de rango inferior continúan desactualizadas<sup>5</sup>.

En paralelo a la refundición legal de la Seguridad Social, en el 2015 se publicaron otros cambios normativos en el ámbito administrativo, como la desaparición de la archiconocida Ley 30/1992 y sus sustitución por la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas (en adelante LAPAC) y la Ley 40/2015<sup>6</sup>. La primera reviste cierta incidencia en las impugnaciones de la protección por desempleo, pese a ser una norma esencialmente continuista. Ciertamente que la nueva ley no ha eliminado la reclamación administrativa en materia de Seguridad Social –a diferencia de lo que ha acaecido con la RAP laboral<sup>7</sup>– y mantiene la aplicación de la normativa específica, y sólo supletoriamente por la ley, en determinadas materias, entre ellas las actuaciones en materia de gestión, inspección, liquidación y recaudación, impugnación y revisión en materia de Seguridad Social y Desempleo (DA 1º y art. 72). Pero no es menos cierto que la ley ha producido otras innovaciones menos aparentes, pero importantes, como la unificación del cómputo de plazos a nivel administrativo y judicial, al declarar inhábiles los sábados, y establecer la forma de computar el *dies a quo* y el *dies ad quem* en el cómputo de los plazos, administrativos lo que tendrá incidencia en las reclamaciones administrativas previas a la vía judicial en materia de desempleo.

Pasando a otro polo normativo de impacto en las cuestiones de los procesos judiciales en materia de desempleo, hay que hacer referencia a la Ley 23/2015, de 1 de julio, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, por el importante papel de la inspección en la detección de irregularidades en la percepción de prestaciones y subsidios de desempleo. En esta materia, las novedades del texto legal del 2015, son más que de contenido, de sistemática, al reubicarse por ejemplo en un precepto diferente la presunción de certeza de las actas de la Inspección de Trabajo (art. 23) o el art. 12 que atribuye a los inspectores y subinspectores la función de garantizar la coordinación entre políticas activas de empleo y prestaciones de desempleo. Pero también existen novedades de contenido interesantes, como la contenida en el art. 16.8 en cuanto al especial valor probatorio de los hechos comprobados directamente por funcionarios y agentes de la autoridad, tras su valoración y calificación por la inspección de trabajo y Seguridad Social. Con ello se agilizarán algunos procedimientos, como por ejemplo si los agentes de las fuerzas de seguridad pública comprueban ilegalidades laborales o prestacionales (por ejemplo, trabajador no dado de alta o, a la inversa, dado de alta indebidamente para obtener fraudulentamente prestaciones por desempleo o cobrar a los trabajadores por asistir a entrevistas de trabajo), no resultará necesario que el inspector se acerque para acreditar dicho hecho directamente, lo que además, resultaba inviable por cuanto en

---

<sup>5</sup> Ilustra el desfase el art. 20 del RD 625/1985, que aún contiene una referencia a la reclamación administrativa previa regulada en el texto refundido de la ley de procedimiento laboral de 1980.

<sup>6</sup> El objetivo ha sido recuperar la separación existente con anterioridad entre la regulación del procedimiento administrativo y la del régimen jurídico de las Administraciones públicas. La ley 39/2015 entrará en vigor, al año de su publicación en el BOE (DF 7ª), excepto para determinadas disposiciones.

<sup>7</sup> La eliminación de esta reclamación previa laboral ha respondido al afán simplificador y “de suprimir trámites que, lejos de constituir una ventaja para los administrados, suponían una carga que dificultaba el ejercicio de sus derechos, (...) debido a la escasa utilidad práctica que han demostrado”. Sobre la nueva reclamación previa a la vía judicial, vid. CABERO MORÁN, E. (2015), pp. 97 y ss.

muchas ocasiones, los defraudadores habían desaparecido cuando el inspector o subinspector se personaba.

El nuevo panorama normativo impone un importante reajuste de las referencias legales utilizadas en la impugnación de la protección por desempleo. Por lo demás, no está de más recordar que dentro de la complejidad que produce la impugnación de las cuestiones de Seguridad social, las relativas a la contingencia de desempleo presentan particularidades específicas. En primer lugar, porque una parte de los procesos de reclamaciones relativos a la protección por desempleo, pero no todos, se sustanciarán por la modalidad procesal de Seguridad Social (art. 140 a 147 LRJS). Esta modalidad procesal guarda notables paralelismos con el proceso contencioso-administrativo al plantearse normalmente un litigio entre un administrado y la entidad gestora de las prestaciones por desempleo. En segundo lugar, porque dentro de esta modalidad, hay submodalidades como la revisión de actos declarativos de derechos en perjuicio de los beneficiarios (art. 146 LRJS) que presentan singularidades en cuanto a la protección por desempleo. De entrada, se ha dicho que el SPEE no puede revisar de *motu proprio* los actos declarativos de derecho en perjuicio de los beneficiarios<sup>8</sup>, pero quedan excluidos del ámbito de aplicación del art. 146 LRJS las resoluciones de pérdida de prestaciones por desempleo como consecuencia de una actividad sancionadora, sin necesidad de que el SPEE acuda a la jurisdicción laboral para revisar el acto en que fueron reconocidas<sup>9</sup>. También hay una submodalidad dentro de los procesos de seguridad social para declarar la responsabilidad del empresario por prestaciones por desempleo en caso de reiterada contratación temporal abusiva o fraudulenta (art. 147 LRJS).

La impugnación de las sanciones administrativas en materia de desempleo venía planteando singularidades específicas, pues ya estaba parcialmente residenciada en el orden social con anterioridad a la aprobación de la LRJS. La atribución de la competencia en materia de sanciones administrativas de Seguridad Social, con exclusión de las relacionadas con la gestión recaudatoria, al orden social por el art. 2.s) LRJS obliga a aclarar algunas cuestiones relativas a la modalidad procesal de impugnación de las sanciones en materia de desempleo, que para los trabajadores se han venido encauzando dentro de los procesos de Seguridad Social, lo que plantea la cuestión de cuál es el ámbito de la modalidad procesal prevista en los arts. 151 y 152 LRJS, en punto a la materia de

---

<sup>8</sup> STS 24 septiembre 1997, rcud. 1223/1990, que lo establece en relación con la normativa forense vigente. Así se señala: “(es) doctrina de esta Sala, según la cual, las entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, en cuyo supuesto se encuentra el I.N.E.M. dada la identidad de función, no están facultados para dejar sin efecto, unilateralmente, derechos reconocidos por ellas mismas a los beneficiarios de la Seguridad Social, siendo preciso que formulen demanda en reclamación de lo indebidamente satisfecho ante los Juzgados de lo Social. A este fin, aporta el recurso, la sentencia de esta Sala de 28 de abril de 1971, esta doctrina ha venido, efectivamente produciéndose, como lo evidencia la reciente sentencia de 17 de junio de 1991, dictada en recurso para unificación de doctrina. Por otra parte, la vigente Ley de Procedimiento Laboral la consagra legalmente en su art. 144.1, norma aplicable al I.N.E.M., sin más excepciones que las previstas en el apartado segundo del artículo citado, a saber: la rectificación de errores materiales o de hecho y los aritméticos, así como las revisiones motivadas por la constatación de omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario, en el caso enjuiciado, no se está en ninguno de estos supuestos, pues ya se dejó, expresamente reseñado, que la demandante declaró con exactitud su edad...”.

<sup>9</sup> STS 11 diciembre 1991, rcud. 883/1991.

desempleo, que se utilizará para impugnar sanciones a los empresarios y otras ayudas en materia de desempleo que no tienen carácter prestacional.

En otro orden de cosas, la protección por desempleo proyecta cuestiones procesales por su interacción con otras acciones como la de despido, donde uno de los aspectos problemáticos es la incompatibilidad de salarios de trámite y prestaciones de desempleo. También puede tener incidencia la reclamación de salarios debidos en el cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo. Otro ámbito de fricción es de las acciones de extinción del contrato de trabajo a instancia del trabajador conforme al art. 50 del ET, donde el art. 303.3 LRJS abre una situación de desempleo involuntario en el caso de ser recurrida por el empresario la sentencia que acuerde la demanda extintiva.

El objeto de las consideraciones que siguen es precisamente analizar las vías de impugnación de la protección por desempleo y las diferencias con el *statu quo* normativo anterior. A estos efectos, el trabajo repasa en primer lugar, la distribución entre los diferentes órdenes jurisdiccionales (social, contencioso-administrativo y penal) de las cuestiones relativas al desempleo. A continuación, se examinan las modalidades procesales de Seguridad Social, que ocupan una posición estelar en las impugnaciones en materia de desempleo, con especial incidencia en la doctrina judicial más reciente. En tercer lugar, se abordan otras modalidades procesales relacionadas con la protección por desempleo, como la modalidad procesal de los artículos 151 y 152 LRJS para la impugnación de actos administrativos de carácter no prestacional y determinados procesos de oficio. Finalmente, la protección por desempleo se pone en relación con otros procesos judiciales como los de despido, extinción del contrato a instancia del trabajador por la vía del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores o las reclamaciones por salarios debidos, que pueden afectar a la base reguladora de la prestación por desempleo.

## **2.- La competencia de los órdenes jurisdiccionales en materia de impugnación de las cuestiones relativas a la protección por desempleo**

Un primer aspecto conflictivo, es el relativo a la delimitación del orden jurisdiccional competente en materia de impugnaciones relacionadas con la protección por desempleo. La cuestión va a depender de la fundamentación jurídico-material, esto es, de la naturaleza u objeto de la pretensión deducida, lo que determinará la atribución procesal, residenciándose la mayor parte de litigios sobre la protección por desempleo, como es natural en el orden social. En esencia, la competencia del orden contencioso-administrativo incide en las cuestiones de gestión recaudatoria, mientras que en el orden penal se centra en determinados ilícitos relacionados con situaciones de fraude en la obtención de prestaciones.

### *2.1.- La competencia del orden jurisdiccional social*

Aunque como veremos, no puede afirmarse que todas las cuestiones de impugnación de la protección por desempleo se enjuicien a través del orden social, es lo

cierto que este orden jurisdiccional es el competente para la mayoría de ellas. Es sabido que la configuración de la competencia del orden jurisdiccional que proclaman los arts. 9.5 LOPJ y 1 LRJS según la que: “*Los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho en conflictos tanto individuales como colectivos*”, se complementa en sentidos positivo y negativo, respectivamente por el contenido de los artículos 2 y 3 de la mencionada LRJS. Por lo que a la materia que nos ocupa se refiere, el citado art. 2.o) establece que: “*Los órganos jurisdiccionales del orden social... conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan : En materia de prestaciones de Seguridad Social incluidas la protección por desempleo y la protección por cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia, así como sobre la imputación de responsabilidades a empresarios o terceros respecto de las prestaciones de Seguridad Social en los casos legalmente establecidos*”. Delimitando negativamente la competencia, el art. 3.f) dispone que “*No conocerán los órganos jurisdiccionales del orden social: De las impugnaciones de los actos administrativos en materia de Seguridad Social relativos a..., afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores, así como en materia de liquidación de cuotas, actas de liquidación y actas de infracción vinculadas con dicha liquidación de cuotas y con respecto a los actos de gestión recaudatoria, incluidas las resoluciones dictadas en esta materia por su respectiva entidad gestora, en el supuesto de cuotas de recaudación conjunta con las cuotas de Seguridad Social y, en general, los demás actos administrativos conexos a los anteriores dictados por la Tesorería General de la Seguridad Social; así como de los actos administrativos sobre asistencia y protección social públicas en materias que no encuentren comprendidas en las letras o) y s) del artículo 2*”.

De entrada, cualquier análisis procesal parte de una elemental división: la impugnación de las prestaciones de la Seguridad Social corresponde al orden social, mientras que la impugnación de los actos de gestión recaudatoria está atribuida al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. En este mismo sentido, el art. 303 TRLGSS-2015 atribuye a los órganos jurisdiccionales del orden social el conocimiento de las decisiones de la entidad gestora relativas al reconocimiento, denegación, suspensión o extinción de cualquiera de las prestaciones por desempleo, así como a las resoluciones por las que se exija el reintegro de las indebidamente percibidas<sup>10</sup>.

Interesa abordar un análisis más minucioso de la extensión de la competencia del orden social.

### 2.1.1.- La competencia en materia prestacional

Un primer aspecto que se deriva del art. 303 TRLGSS-2015 es que “las decisiones de la entidad gestora competente, relativas al reconocimiento, denegación, suspensión o

---

<sup>10</sup> El precepto del texto refundido de 2015 mejoraría la regulación primigenia en cuanto a su redacción y sistemática ya que, de una parte se corregiría la anterior desactualización contenida en el art. 233 TRLGSS-1994, que hacía referencia a la derogada Ley de Procedimiento Laboral, en vez de a la vigente, LRJS; de otra, evitaría la reiteración de que en todos los casos donde es competente el orden social en materia de protección por desempleo, será necesario interponer la reclamación administrativa en materia de Seguridad Social. Cuestión ésta, en que la redacción del art. 303 TRLGSS-2015, corrige la referencia reiterativa contenida en los dos párrafos del art. 233 TRLGSS-1994.

extinción de cualquiera de las prestaciones por desempleo, serán recurribles ante los órganos jurisdiccionales del orden social”. Esta atribución competencial reitera lo establecido en el art. 2.o) de la LRJS. Esta letra atribuye la competencia del orden social en materia prestacional, tanto en lo relativo a la protección por desempleo en cualquiera de sus niveles (contributivo, asistencial, y las rentas activas de inserción que se perfilan como un tercer nivel complementario del asistencial, que se dirige a desempleados con especiales necesidades económicas y dificultades para encontrar empleo), como en relación con las cuestiones judiciales en materia de protección por cese de actividad de trabajadores autónomos. La referencia expresa a la prestación por desempleo respondería a una finalidad aclaratoria de que la prestación por desempleo integraría el sistema de Seguridad Social, pese a la existencia de unos órganos de gestión específicos. E igualmente, la alusión a la prestación de cese por actividad, que tiene una regulación específica, también perseguiría despejar dudas sobre la atribución competencial. En todo caso, la extraordinaria amplitud de la competencia del orden social en todo tipo de prestaciones de desempleo es una consecuencia de los diferentes niveles en que se articula esta protección.

#### 2.1.2.- La competencia en materia de reintegro de prestaciones de desempleo indebidamente percibidas y responsabilidad empresarial en el pago de las prestaciones

Un segundo aspecto que aclara el juego de preceptos (art. 303 TRLGSS-2015 y el art. 2.o) LRJS) es que la competencia del orden social se extiende a las resoluciones relativas a la devolución de prestaciones indebidamente percibidas y de reintegro de prestaciones de cuyo pago sea directamente responsable el empresario. Esta competencia del orden social se excepciona expresamente en relación con la recaudación de cuotas, que es competencia del orden contencioso-administrativo. En este sentido, señala el art. 303.2.a) del TRLGSS-2015: “La exigencia de devolución de las prestaciones indebidamente percibidas y el reintegro de las prestaciones de cuyo pago sea directamente responsable el empresario, a que se refieren los artículos 268.5.b) y 295.1 de esta ley, a excepción de las actuaciones en materia de gestión recaudatoria conforme a lo establecido en el artículo 3.f) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social”.

La responsabilidad del empresario en el pago de prestaciones por desempleo puede derivar del incumplimiento de la obligación de dar de alta y cotizar por el trabajador. En el caso de falta de alta o de cotización, el empresario será responsable del pago de la prestación, sin perjuicio del abono de la misma que efectúe la entidad gestora. Esta alta de pleno derecho no exime de responsabilidad al empresario. Tampoco exime de dicha responsabilidad el ingreso posterior de las cotizaciones a la declaración de responsabilidad empresarial<sup>11</sup>. El procedimiento para exigir la responsabilidad empresarial se contiene en el art. 32 del RD. 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo. De este modo, cuando se solicite la prestación por desempleo y se compruebe que el interesado no figura

---

<sup>11</sup> STSJ Castilla y León (Burgos) 23 octubre 2015, rec. 657/2015, en un supuesto donde la trabajadora figuraba contratada indebidamente mediante una relación mercantil.

dado de alta en la Seguridad Social, el SPEE procederá de acuerdo con las siguientes reglas:

a) Pondrá el hecho en conocimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a efectos de que informe sobre la efectiva prestación de servicios por el trabajador en la empresa de que se trate.

b) Recibido el informe de la Inspección, que deberá emitirlo en el plazo de diez días, emplazará al empresario o empresarios presuntamente responsables para que, en el mismo plazo, comparezcan en el procedimiento a efectos de alegar lo que estimen oportuno.

c) Transcurrido dicho plazo, si existiera responsabilidad, se dictará resolución señalando la cuantía de la prestación y el alcance de la responsabilidad del empresario o de los empresarios, debiendo hacer efectivo el importe de la prestación en el plazo de treinta días, contados desde la notificación de la resolución. Si no se reintegrara la deuda en dicho plazo se aplicará lo establecido en el artículo 84 y siguientes del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, así como lo establecido en el artículo 39 y siguientes de dicho Reglamento cuando el deudor sea una entidad pública.

Contra la resolución, el empresario responsable podrá interponer recurso de alzada, en el plazo de quince días, ante el Director general del SPEE, cuya resolución agotará la vía administrativa. En todo caso, la competencia para el enjuiciamiento de estas cuestiones reside en el orden social, y así ha sido declarado por los Tribunales<sup>12</sup>.

### 2.1.3.- Los conflictos derivados de la modalidad de pago único de la prestación por desempleo

Un tercer aspecto, normativamente despejado, y que fue otra hora conflictivo, ha sido el de la delimitación de competencia entre los órdenes social y contencioso administrativo en relación con los conflictos derivados de la modalidad de pago único en la prestación de desempleo prevista en el art. 296.3 TRLGSS-2015. Empero, la jurisprudencia se inclinó por interpretar que no se trataba de una cuestión ejecutiva que correspondiera al orden contencioso administrativo<sup>13</sup>, sino únicamente una modalidad de

---

<sup>12</sup> Por ejemplo, STSJ Islas Canarias (Las Palmas), 20 diciembre 2014, rec. 15/2014, que declara la nulidad de actuaciones para revocar una sentencia de instancia que había declarado la incompetencia del orden social en un supuesto de responsabilidad empresarial en el pago de la prestación por desempleo por infractotización.

<sup>13</sup> La competencia sobre estas cuestiones fue declarada sobre el orden social (STS, Sala C-A, 26 octubre 1990, y luego SSTS 8 marzo 1995, RJ 1995/1755, 24 abril 1995, RJ 1995/3267, 23 mayo 1995, RJ 1995/3998, y 20 noviembre 1996, rcud. 1050/1996, entre otras). Vid., por todas, la afirmación contenida en las STS 8 de marzo 1995, rcud. 2939/1994: “la cuestión no puede ofrecer ninguna duda porque el art. 2.b) de la vigente LPL dispone que los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan en materia de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo. Por su parte, el art. 31 de la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo,

abono específico de la prestación por desempleo. Por el contrario, se consideró que las cuestiones litigiosas relativas a la modalidad de pago único de la prestación por desempleo competerían al orden jurisdiccional social. Esta posición jurisprudencial fue objeto de recepción legislativa en el art. 233.b) TRLGSS-1994<sup>14</sup>, y de ahí habría pasado al art. 303.2.b) TRLGSS-2015. Por consiguiente, las decisiones de la entidad gestora en punto a la modalidad de pago de la prestación por desempleo bien de una sola vez al amparo de un programa de fomento del empleo, bien mediante pagos parciales para subvencionar las cotizaciones a la seguridad social, serán recurribles ante el orden social. Ello incluiría, desde luego, el reintegro de prestaciones indebidamente cobradas en la modalidad de pago único, que plantea no poco litigiosidad.

#### 2.1.4.- La impugnación de la imposición de sanciones a los trabajadores en materia de desempleo

Conforme al art. 303.2.c) TRLGSS-2015, también se extiende la competencia del orden social a la imposición de sanciones a los trabajadores conforme a lo establecido en el artículo 48.5 del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Esta atribución competencial requiere varias precisiones. La primera de técnica legal, pues la referencia al art. 48.5 de la LISOS nace desactualizada<sup>15</sup>. La segunda precisión es de carácter histórico. La tercera precisión está referida al ámbito competencial y la modalidad procesal para impugnar las resoluciones derivadas de la potestad sancionadora de la Administración en materia de desempleo, según se impongan a trabajadores o empresarios.

En cuanto a la segunda precisión de carácter histórico-legislativo, ha de señalarse que la atribución competencial ha acabado con la otra hora polémica cuestión de la distribución de competencias entre el orden social y el contencioso, en cuanto a la impugnación de sanciones y el reintegro de prestaciones indebidas. La cuestión derivaba de una defectuosa técnica legislativa. La disposición adicional quinta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa (en la redacción prevista por la disposición adicional 24ª. 2 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social), modificó parcialmente, el art. 3

---

*establece que las decisiones del INEM, relativas al reconocimiento, denegación, suspensión o extinción de cualquiera de las prestaciones por desempleo, serán recurribles ante la jurisdicción laboral... (ya que) la Ley no establece distinción alguna y no hay razón para que lo no es en definitiva sino una forma de pago de la prestación desvirtúe la naturaleza de la misma”.*

<sup>14</sup> En modificación operada por el art. 79 de la Ley núm. 13/1996, de 30 de diciembre.

<sup>15</sup> El apartado quinto del art. 48 del TRLGSS no existe por mor de lo dispuesto en la Ley 23/2015, de Inspección de Trabajo y Seguridad Social. El art. 48.5 TRLISOS establecía que “La imposición de sanciones por infracciones en materia de Seguridad Social a los trabajadores corresponde, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a la entidad gestora o servicio común de la Seguridad Social competente. En el caso de infracciones cometidas por solicitantes o beneficiarios de las prestaciones por desempleo de nivel contributivo o asistencial, la competencia corresponde a la entidad gestora de éstas, salvo en el supuesto de las infracciones contenidas en los artículos 24.3 y 25.4 de esta ley, en el que la imposición de la sanción corresponderá al servicio público de empleo competente, que comunicará la sanción, en el momento en que se imponga, a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo para su ejecución por ésta”.

de la vieja Ley de Procedimiento Laboral, añadiendo, a dicho precepto, un número 2, cuyo apartado a) decía que los órganos jurisdiccionales del orden social conocerían de las prestaciones sobre «las resoluciones administrativas relativas a la imposición de cualesquiera sanciones por todo tipo de infracciones de orden social...». No obstante, la asunción de esta competencia por el orden jurisdiccional social quedó diferida, primero y de acuerdo con la disposición final tercera de la Ley 29/1998, al año de entrada en vigor de esta norma. Y, posteriormente y de conformidad con el apartado 3 de la modificada disposición adicional quinta<sup>16</sup>, demorada «sine die», hasta la introducción en la ley forense de las modalidades y especialidades procesales correspondientes. Justamente al no implementarse la reforma necesaria, la jurisdicción contencioso administrativa, y no la social, era la competente para conocer de la impugnación de sanciones administrativas en materia del orden social.

Si bien, con la anterior ley forense, la ya derogada LPL, la revisión de los actos sancionadores de las Administraciones Públicas en materia laboral y de Seguridad Social venía atribuida al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, existía una excepción precisamente en la materia de desempleo. En este punto, como singularidad, las resoluciones que ponían fin a los procedimientos sancionadores por infracciones leves y graves en materia de protección por desempleo y de Seguridad Social eran susceptibles de impugnación ante los órganos jurisdiccionales del orden social por la mención expresa del art. 233 TRLGSS-1994. Empero, las muy graves, eran impugnables ante el orden contencioso-administrativo (por ejemplo, la sanción de extinción de la prestación por desempleo).

El sistema de división jurisdiccional en función de la entidad de la infracción planteaba no pocos problemas interpretativos. Pero es que además, la cuestión se complicaba en el caso de la impugnación de las faltas muy graves en materia de desempleo impuestas a los trabajadores, donde en principio el examen judicial se residenciaba en el orden contencioso administrativo. Y es que, al mismo tiempo se venía entendiendo que la obligación de devolución de las cantidades indebidamente percibidas por el trabajador sancionado, que acompañaba a la extinción por sanción, era un acto de gestión impugnabile en la vía jurisdiccional del orden social, conforme al citado art. 233.a) TRLGSS-1994<sup>17</sup>. De manera que la ejecución de sanciones muy graves en materia de desempleo se impugnaba ante el orden contencioso-administrativo (las de extinción de la prestación por desempleo) y las decisiones en materia de reintegro a la Entidad Gestora, se impugnaba ante el orden social. Este sistema de doble jurisdicción sobre la misma materia conducía a problemas prácticos evidentes, ya que podía ocurrir que una sanción se reclamase ante el orden contencioso-administrativo y, la impugnación de una consecuencia de esta sanción (la reclamación de la entidad gestora para la devolución de la prestación por desempleo por cobro indebido de la prestación) fuera al orden social,

---

<sup>16</sup> Por la disposición adicional 24ª.2 de la Ley 50/1998.

<sup>17</sup> Vid. SSTS 11 octubre 2001, rcud. 1698/2000 y 25 febrero 2002, rcud. 1229/2001. En esta segunda se señala: < mientras que la sanción extintiva tiene una eficacia "ex nunc" que no comprende la anulación de los efectos ya consumados del acto inicial de reconocimiento, la reclamación de lo indebidamente percibido supone una revisión de ese acto inicial y de esos efectos, lo que constituye un acto de gestión de Seguridad Social típico en materia de acción protectora >.

pudiendo existir resoluciones judiciales contradictorias. La LRJS acabó con esta división al atribuir el conocimiento de la impugnación de sanciones administrativas en materia de desempleo al orden social.

La tercera precisión viene referida a la atribución competencial en materia de impugnación de sanciones en materia de desempleo. Y es que debe matizarse que conforme dispone el art. 303.2.c) TRLGSS-2015, esta competencia se ciñe a la “imposición de sanciones a los trabajadores conforme a lo establecido en el artículo 48.5 del TRLISOS”. El apartado mantiene la redacción establecida previamente en el art. 233.c) TRLGSS-1994, en la versión introducida por el art. 6.9 de la Ley 1/2014, de 28 de febrero. Con ello se adaptó esta letra c del art. 233 TRLGSS-1994 a la competencia del orden social para conocer la impugnación de las resoluciones que ponen fin a los procedimientos sancionadores por infracciones en materia de protección por desempleo y de Seguridad Social. Con anterioridad, como se ha indicado, esta competencia se ceñía a la impugnación de las infracciones en materias leves y graves<sup>18</sup>. De esta forma, se puso fin a la diferenciación de la jurisdicción competente para revisar las sanciones impuestas por la entidad gestora. Más problemas puede plantear la determinación de la modalidad procesal aplicable, a las impugnaciones de las sanciones impuestas de los trabajadores y beneficiarios en materia de desempleo, que como se ha expuesto, deben tramitarse ante el orden social de la jurisdicción. La cuestión requiere alguna precisión relativa a la evolución normativa. El art. 233 TRLGSS-1994 establecía que las decisiones de la entidad gestora competente en materia de suspensión o extinción de cualquiera de las prestaciones por desempleo serían recurribles ante los órganos jurisdiccionales del orden social, previa reclamación de seguridad social. Esta competencia se reproduce en el art. 20 RD 625/1985, de 2 de abril.

Vigente la LPL, se había sostenido que al tratarse de una materia de Seguridad Social, se aplicaría la modalidad procesal de Seguridad Social, debiendo dirigirse la demanda contra el órgano sancionador, en principio, el director provincial del servicio público de empleo. Empero, con la vigente LRJS, existe una modalidad procesal para impugnar los actos administrativos de Seguridad social no prestacionales en los arts. 151 y 152, en línea con la competencia introducida en el apartado s) del art. 2 LRJS, que atribuye al orden social el conocimiento de las impugnaciones de sanciones administrativas desde la entrada en vigor de la Ley 36/2011 en materia de Derecho administrativo laboral sancionador<sup>19</sup>. Ello habría abierto cierta controversia sobre la modalidad procesal que debía seguirse para la impugnación de determinadas las

---

<sup>18</sup> El art. 46.4 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social en orden a las sanciones a los trabajadores en materia de protección por desempleo atribuía la competencia a la Entidad Gestora para la “imposición de las sanciones por infracciones leves y graves” y a la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, para las infracciones “muy graves”.

<sup>19</sup> Dicho precepto establece la competencia de los órganos jurisdiccionales del orden social: “*En impugnación de actos de las Administraciones públicas, sujetos a derecho administrativo y que pongan fin a la vía administrativa, dictadas en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia de Seguridad Social, distintas de las comprendidas en el apartado o) de este artículo, incluyendo las recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en esta materia y con excepción de las especificadas en la letra f) del artículo 3*”.

sanciones en materia de desempleo (las impuestas por la entidad gestora a los beneficiarios y trabajadores por infracciones en materia de desempleo).

Algunos tribunales superiores de justicia habrían considerado que la LRJS y la introducción de una nueva modalidad procesal implicarían un cambio, de manera que la impugnación de todo tipo de sanciones en materia de prestaciones por desempleo, a trabajadores y empresarios, se debía tramitar por la modalidad procesal de los arts. 151 y 152 LRJS<sup>20</sup>. En apoyo de esta interpretación, se aducirían, en esencia, los siguientes argumentos: En primer lugar, que la impugnación de actos administrativos sancionadores recaídos en procedimientos iniciados por actas de la inspección de trabajo y relativos a prestaciones, el orden competente es el social, por mor de lo dispuesto en el artículo 2.s) LRJS, y la vigente ley procesal no distingue entre sanciones en materia laboral y de Seguridad Social a efectos procesales, por lo que la impugnación de cualquier sanción en materia donde es competente el orden social, se ha de tramitar conforme a la modalidad procesal del art. 151 LRJS. El tenor literal del art. 2.s) coadyuvaría a esta interpretación, puesto que las únicas impugnaciones excluidas son las de las actas de infracción concurrentes con actas de liquidación, que al igual que éstas, han de ser impugnadas ante el orden contencioso-administrativo. La aplicación de esta modalidad procesal tenía consecuencias importantes, por ejemplo, en cuanto a la cuantía que habilita el recurso de suplicación no es la de 3.000 euros del art. 191.2.g), sino la de 18.000 euros prevista en el art. 191.3.g) LRJS, que establece que cabe recurso de suplicación “contra las sentencias dictadas en procesos de impugnación de actos administrativos en materia laboral no comprendidos en los apartados anteriores, cuando no sean susceptibles de valoración económica o cuando la cuantía litigiosa exceda de 18.000 euros”. Para el cálculo de esta cuantía, las sentencias acudían, no obstante, a la regla del art. 192.4 LRJS.

Empero, la interpretación mayoritaria, y la que se deduce indirectamente de las sentencias del Tribunal Supremo precisamente a la hora de enjuiciar la cuantía litigiosa que habilitaría el recurso de suplicación, mantiene la aplicación de la modalidad procesal de seguridad social para la impugnación de sanciones en materia de desempleo impuestas a los trabajadores<sup>21</sup>. Sin entrar ahora en detalles sobre esta doctrina, lo que no se cuestiona en ningún caso por el Alto Tribunal es la aplicación de la modalidad procesal de Seguridad Social ya que las sentencias se centran en la regla del art. 191.2.g) LRJS y no en la del art. 191.3.g) LRLS.

Además, en apoyo de la interpretación de que la modalidad procesal adecuada para impugnar las sanciones administrativas impuestas a los trabajadores en materia de protección por desempleo ha de ser la de seguridad social pueden darse varios argumentos adicionales a la mera referencia indirecta de determinados pronunciamientos del Tribunal Supremo. El primero es que de segregarse la impugnación de las resoluciones sancionadoras en materia de prestaciones de Seguridad Social impuestas por el órgano

---

<sup>20</sup> SSTSJ Castilla y León (Valladolid) 16 septiembre 2015, rcud. 1255/2015, 7 octubre 2015, rec. 1209/2015 y 19 octubre 2015, rec. 1256/2015.

<sup>21</sup> Esta inercia se ha mantenido por ejemplo, al aludir a la cuantía determinante del acceso a la suplicación donde el TS habría distinguido, como luego se verá, entre las sanciones por extinción de la prestación por desempleo (STS 23 junio 2015, rcud. 1940/2014) y las de suspensión (STS 31 marzo 2015, rcud. 2075/2014).

administrativo competente en una modalidad procesal de impugnación de actos administrativos no prestacionales, se pueden crear incoherencias, reproduciendo problemas antiguos, ya que las paralelas reclamaciones que pudiere hacer la entidad gestora para el reintegro y devolución de las prestaciones indebidamente percibidas sí irían claramente por la modalidad procesal de seguridad social (arts. 140 y ss. LRJS). Para evitar soluciones discrepantes, y dada la imposibilidad de acumular ambos procesos, ya que los de Seguridad Social no son acumulables a otros *ex art. 26.6 LRJS*, lo conveniente es unificar ambas impugnaciones: la sancionadora de suspensión o extinción de la prestación o subsidio y la prestacional, dentro de la modalidad procesal de seguridad social. En segundo lugar, la imposición de sanciones administrativas en materia de desempleo se atribuye a los propios servicios públicos de empleo, lo que constituye una excepción respecto a otros actos administrativos sancionadores<sup>22</sup>. En tercer lugar, cabría argüir que la modalidad procesal de los arts. 151 y 152 LRJS quedaría reservada para la impugnación de actos administrativos no prestacionales, pero que en punto a la impugnación de sanciones en materia de desempleo, se trataría de actos sancionadores prestacionales. En cuarto lugar, no está de más tener en cuenta que la articulación de la modalidad procesal de los arts. 151 y 152 LRJS se ha basado en buena medida en trasladar algunas de las reglas imperantes en el proceso contencioso-administrativo (por ejemplo, en punto al régimen de recursos<sup>23</sup>), pero que buena parte de su regulación no resulta adaptada a las sanciones impuestas a los trabajadores y beneficiarios. En la doctrina judicial muchas sentencias de suplicación no han cuestionan la modalidad procesal, y enjuician las impugnaciones de resoluciones administrativas de sanciones impuestas a los trabajadores por ejemplo, de suspensión o extinción de la prestación y devolución de lo indebidamente percibido, como un proceso de seguridad social en materia de desempleo, sin perjuicio de aplicar la regla del art. 151.8 LRJS en cuanto a la presunción de certeza de las actas de la inspección<sup>24</sup>.

Por otra parte, no contradice esta interpretación la sentencia del TS de 22 de septiembre de 2015, rec. 75/2015. En la misma se enjuicia un recurso contra una sentencia dictada en instancia por la Audiencia nacional, en un proceso en el que se impugnaba una

---

<sup>22</sup> Vid. art. 4 RD 928/1998, 14 de mayo, Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social y DT 2ª LIT, que establece que en tanto no se aprueben las correspondientes normas reglamentarias, continúan en vigor los criterios establecidos con anterioridad por el art. 48 de la LISOS. En materia de desempleo, interesa destacar que la imposición de sanciones por infracciones de los trabajadores autónomos en el caso de la prestación por cese de actividad, corresponderá, a propuesta de la Inspección de trabajo y Seguridad Social, según el órgano gestor: a) Si la gestión corresponde a un organismo público, la imposición de la sanción corresponderá al Servicio público de Empleo estatal o al ISM. B) Si la gestión corresponde a una Mutua, a la autoridad competente de la provincia en que se haya procedido al reconocimiento de la prestación.

En el caso de infracciones cometidas por solicitantes o beneficiarios de las prestaciones por desempleo en el nivel contributivo o asistencial, la competencia corresponde a la entidad gestora de éstas, salvo en el supuesto de las infracciones contenidas en los arts. 24.3 y 25.4 de esta Ley, en que la imposición de la sanción corresponderá al servicio público de empleo competente, que comunicará la sanción, en el momento de que se imponga, a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo para su ejecución por ésta.

<sup>23</sup> Cfr. art. 81 de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA) y art. 191.3.g) LRJS.

<sup>24</sup> STSJ Madrid 28 septiembre 2015, rec. 36/2015, y STSJ Andalucía (Granada) 29 junio de 2015, rec. 785/2015.

resolución de la Secretaría de Estado de Empleo por la que no se accedió a tramitar la solicitud de nulidad de un expediente sancionador que culminó con una resolución de una Inspección Provincial para la extinción de la prestación de desempleo y el reintegro de las cantidades percibidas. La modalidad procesal que se utilizó fue la de los arts. 151 y 152 de la LRJS.

En consecuencia, la impugnación de sanciones en materia de desempleo a los trabajadores se tramitaría por la modalidad procesal de Seguridad Social, mientras que las impuestas a los empresarios en materia de protección por desempleo, que no fuera de gestión recaudatoria, irían por la vía de los arts. 151 y 152 LRJS. También irían por la modalidad de los arts. 151 y 152 la impugnación de resoluciones administrativas en el seno de los expedientes administrativos sancionadores, aún cuando estas impugnaciones – si se me permite la expresión, intermedias- sean realizadas por los trabajadores.

#### 2.1.5.- Otras cuestiones competenciales vinculadas a la protección por desempleo

Las pretensiones que se promuevan dentro de la protección de Seguridad Social del desempleo se encuadran básicamente en letra o) del artículo 2 de la LRJS, que explicita la competencia de la jurisdicción social en materia de protección por desempleo y la protección por cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia, pero la competencia del orden social se extiende a otras cuestiones explicitadas en determinadas letras del art. 2 LRJS.

##### A.- La impugnación de actos administrativos en materia de desempleo de carácter no prestacional: sanciones para empresarios y programas para desempleados que agoten prestaciones y subsidios para desempleados

En primer lugar, la letra s) del artículo 2 LRJS, también atribuiría competencia al orden social para conocer de la impugnación de actos administrativos en materia de Seguridad Social, incluidos los relativos al ejercicio de potestad sancionadora, con exclusión de aquellas cuestiones donde es competente el orden contencioso-administrativo. Específicamente en materia de desempleo, cabría incluir en esta competencia dos cuestiones de gran relevancia práctica, a saber: las sanciones impuestas a los empresarios en materia de protección por desempleo y la impugnación de determinadas resoluciones en el marco de programas específicos de ayuda a los desempleados. Las primeras se analizarán con mayor detalle al estudiar la modalidad procesal prevista en los arts. 151 y 152 LRJS (infra, ap. 4).

En materia de las impugnaciones de cuestiones relativas al desempleo, se ha considerado que se enmarcaría en la letra s del art. 2 LRJS determinados actos administrativos no prestacionales, como la exigencia de reconocimiento de unas ayudas a los desempleados. Debe recordarse que desde el 2011, se han venido sucediendo de

forma aluvional, diversos programas para desempleados, a quienes sin tener derecho a la RAI agoten prestaciones o subsidios por desempleo, careciendo igualmente de rentas y comprometiéndose a mejorar la ocupabilidad<sup>25</sup>. La ayuda se cuantifica en una cantidad económica equivalente al 75% del IPREM hasta un máximo de 6 meses, que se puede incrementar al 85%, en el caso de que el beneficiario en el momento de la solicitud, tenga a su cargo al menos a tres miembros de la unidad familiar. El programa de recualificación profesional de personas que agoten su protección por desempleo, denominado plan PREPARA, se regula en el RDL 1/2011, de 11 de febrero, de medias urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas. *Boletín Oficial del Estado* núm. 37, 12 de febrero de 2011. Se aplica hoy con vocación indeterminada, hasta que la tasa del desempleo no baje del 20%<sup>26</sup>. Posteriormente, se aprobaría el programa de activación para el empleo por Real Decreto-Ley 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el programa de activación para el desempleo. *Boletín Oficial del Estado* núm. 307, 20 de diciembre de 2014, con vigencia hasta el 15-4-2016<sup>27</sup>.

Pues bien, desde el punto de vista procesal es interesante tener en cuenta que la denegación del reconocimiento de los beneficiarios a estos programas, sería una cuestión competencia del orden social, según alguna doctrina judicial de suplicación. En este sentido, en doctrina judicial de suplicación se ha declarado la falta de competencia del orden contencioso-administrativo y la exclusión de su consideración como actos administrativos sobre asistencia y protección social públicas a los que hace referencia el art. 3.f) LRJS<sup>28</sup>. Su impugnación, en consecuencia, debería encauzarse por la modalidad procesal del art. 151 LRJS, que se diferenciaría esencialmente por la exigencia de un recurso de alzada en vez de una RAP, un plazo diferente de interposición de la demanda y una cuantía de 18.000 euros para que la sentencia que se dicte en instancia tenga recurso de suplicación. Empero, las diferencias también radicarían en la mayor lentitud de dicho

---

<sup>25</sup> Vid. Resolución de 13-2-2015, por la que se proroga la vigencia de la Resolución de 1-8-2013, por la que se determina la forma y plazos de presentación de solicitudes y de tramitación de las ayudas económicas de acompañamiento incluidas en el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo prorrogado por el RDL 1/2013, de 25 de enero, por el que se proroga el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo y se adoptan otras medidas urgentes para el empleo y la protección social de las personas desempleadas. *Boletín Oficial del Estado* núm. 23, 26 de enero de 2013.

<sup>26</sup> Este programa se regula en el RDL 23/2012, de 24 de agosto, por el que se proroga el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo, *Boletín Oficial del Estado* núm. 204, 25 de agosto de 2012. Para su estudio, vid., por todos, Rodríguez Pastor (2015), pp. 119 y ss.

<sup>27</sup> Podrán ser beneficiarias del programa las personas desempleadas que, entre otros, reúnan los siguientes requisitos a la fecha de dicha solicitud: a) Haber transcurrido al menos seis meses desde el agotamiento de la RAI o el Programa Temporal de Protección e Inserción (PRODI) o el Programa de Recualificación Profesional de las Personas que Agoten su Protección por Desempleo (PREPARA). b) Estar inscrito como demandante de empleo en el Servicio Público de Empleo competente a fecha 1 de diciembre de 2014. c) Haber permanecido inscrito como demandante de empleo durante 360 días en los dieciocho meses inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de incorporación al programa.

<sup>28</sup> SJS Madrid 12 noviembre 2013, procedimiento 890/2012, que argumenta que este tipo de ayudas no constituye una prestación de Seguridad Social, aun cuando su gestión corresponda al SPEE. En su lugar, considera que se trata de una concesión directa otorgada al amparo de la Ley 38/2003, de Subvenciones (art. 2.7 RDL 1/2011). Con igual criterio, STSJ de la Comunidad Valenciana de 12 mayo 2015, rec. 2726/2014.

orden para el justiciable. A mi juicio, si bien existen argumentos en pro de la competencia del orden contencioso-administrativo, también existirían otros a favor de la competencia del orden social partiendo esencialmente de una concepción amplia de las cuestiones relativas a la “prestaciones por desempleo”, donde cabría incluir estos programas como una suerte de cuarto nivel de protección junto al nivel contributivo, al asistencial y a la renta activa de inserción.

#### B.- Los conflictos con los servicios públicos de empleo en materia de intermediación laboral y otras cuestiones

Además de las letras o y s del art. 2 LRJS, también existen otras cuestiones conexas como las relativas a los conflictos entre trabajadores y servicios públicos de empleo en materia de intermediación.

El artículo 2.p) establece la competencia del orden social “*en materia de intermediación laboral, en los conflictos que surjan entre los trabajadores y los servicios públicos de empleo, las agencias de colocación autorizadas y otras entidades colaboradoras de aquéllos y entre estas últimas entidades y el servicio público de empleo correspondiente*”. Esta letra, que constituyó una novedad de la LRJS en relación con la precedente ley forense, la LPL, responde al afán de atribuir las cuestiones relativas al desempleo y a la ocupación a la jurisdicción social. Esta competencia abarca la materia de intermediación laboral, y no se ciñe exclusivamente a los litigios entre trabajadores y servicios de empleo y otras entidades colaboradoras, como las agencias de colocación, sino también entre estas entidades, y los servicios públicos de empleo.

Asimismo son competencia del orden social, las cuestiones relativas a mejoras de la acción protectora o contratos de seguro derivados del contrato de trabajo que pudieran estar relacionados con la protección por desempleo (letra q del art. 2 LRJS) o cuestiones entre asociados y mutualidades (letra r del art. 2 LRJS).

#### *2.2.- La competencia del orden contencioso-administrativo en cuestiones de desempleo*

Por otra parte, delimitando negativamente la competencia, el art. 3 LRJS dispone en su apartado a) que “*No conocerán los órganos jurisdiccionales del orden social... De la impugnación directa de disposiciones generales de rango inferior a la ley y decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación, aun en las materias... de Seguridad Social*”. El art. 3.f) LRJS excluye del orden social una pluralidad de actos relacionados con la Seguridad Social. Entre los atinentes a la protección por desempleo cabe destacar en primer lugar, las resoluciones y actos dictados en materia de afiliaciones y altas y bajas. La atribución de competencia al orden contencioso en materia de encuadramiento acaba con una compleja jurisprudencia que anteriormente distribuía la competencia en función de la finalidad de la actuación de encuadramiento entre el orden

social y el contencioso-administrativo<sup>29</sup>. En segundo lugar, es muy relevante la exclusión de los actos de gestión recaudatoria<sup>30</sup>. Esta exclusión también se contempla en el art. 303.2.a) del TRLGSS-2015<sup>31</sup>. Dicho precepto establece la competencia del orden social para las cuestiones relativas a la exigencia de devolución de prestaciones indebidamente percibidas y al reintegro de las prestaciones de cuyo pago sea directamente responsable el empresario, establecidas en los arts. 268.5.b) y 295.1 TRLGSS-2015, con la antedicha exclusión de las cuestiones de gestión recaudatoria. En tercer lugar, la impugnación de sanciones derivadas de actas de liquidación y actas de infracción vinculadas a éstas, lo que incluye las actas de liquidación relacionadas con cuotas por desempleo, que son competencia del orden contencioso-administrativo.

### **2.3.- El ilícito penal en materia de fraude en la obtención o disfrute de prestaciones**

Normalmente las conductas incompatibles con el cobro de prestaciones se sancionaban en el TRLISOS (Real Decreto Legislativo 5/2000, 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social. *Boletín Oficial del Estado* núm. 189, 8 de agosto de 2000) como la comisión de una falta grave o muy grave, y comportaban la extinción del derecho a las prestaciones o subsidios de desempleo, con obligación de reintegrar las cantidades indebidamente percibidas. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que también pueden incurrir en un tipo específico previsto en el art. 307 ter del Código Penal introducido por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social. *Boletín Oficial del Estado* núm. 312, 28 de diciembre de 2012, que aunque no se ciñe a las protección por desempleo, tiene singular incidencia en esta materia<sup>32</sup>.

La introducción de este delito persigue dos finalidades: una de prevención general sobre la conducta de disfrute indebido de prestaciones, y otra reaccionar contra una interpretación jurisprudencial que sólo tipificaba como delito, fraudes de cuantía elevada, en particular en relación con los fraudes en desempleo<sup>33</sup>. Con la introducción de un tipo

---

<sup>29</sup> Vid. STS 12 julio 199, rcud. 4177/1998 y ATS 30 marzo 2005, rcud. 247/2004.

<sup>30</sup> Como establece la STS 2 febrero 1999, rcud. 1097/1998, “no todo acto de gestión recaudatoria emanado de la Tesorería General puede considerarse como recaudatorio, sino sólo aquellos que persigan el cobro de los recursos o que se refieran al ejercicio de la actividad administrativa conducente a la realización de los créditos y derechos de la Seguridad Social”.

<sup>31</sup> El precepto continúa haciendo alusión al ya derogado art. 3.b) del TRLPL, por lo que las referencias hay que entenderla hecha al art. 3.f) de la LRJS.

<sup>32</sup> Como ya destacara Tatay, 2015, 74.

<sup>33</sup> El legislador reacciona contra la interpretación jurisprudencial que había considerado la prestación y el subsidio de desempleo como una “ayuda o subvención”, sólo punible si la cuantía superaba los 120.000 euros, y antes, 10.000.000 ptas. (Vid. STS (Sala de lo Penal) 1 marzo 2002, rec cas. 3132/1999). En la misma se señala: «esta tesis encuentra su fundamento en las razones ya alegadas en la referida corriente jurisprudencial en la que, superando la distinción entre "subvenciones" y "subsidios" en atención a que el artículo 81.2 a) del Texto refundido de la Ley General Presupuestaria extendió el concepto de ayudas o subvenciones públicas "a toda disposición gratuita de fondos públicos realizada por el Estado o sus Organismos autónomos a favor de personas o Entidades públicas o privadas, para fomentar una actividad de utilidad o interés social o para promover la consecución de un fin público", finalidad ésta que indudablemente concurre en la actividad pública encaminada a paliar los efectos sociales negativos del paro laboral. Interpretación, por otra parte, acorde con la especificidad del Título XIV del Código Penal del que

específico se logra extraer estos fraudes de seguridad social en materia de desempleo de la conducta de fraude en subvenciones tipificada en el art. 308 CP<sup>34</sup>.

El apartado 1 del art. 307 ter CP establece: “Quien obtenga, para sí o para otro, el disfrute de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, la prolongación indebida del mismo, o facilite a otros su obtención, por medio del error provocado mediante la simulación o tergiversación de hechos, o la ocultación consciente de hechos de los que tenía el deber de informar, causando con ello un perjuicio a la Administración Pública, será castigado con la pena de seis meses a tres años de prisión”. No obstante, de manera subjetiva, los jueces podrán apreciar que “los hechos, a la vista del importe defraudado, de los medios empleados y de las circunstancias personales del autor, no revistan especial gravedad”, en cuyo caso, serán castigados con una pena de multa del tanto al séxtuplo. También cabe un tipo agravado si el fraude supera los 50.000 euros<sup>35</sup>.

El legislador guiado con un objetivo recaudatorio, ha previsto una excusa absolutoria para quien reintegre antes del inicio de las actuaciones “una cantidad equivalente al valor de la prestación recibida incrementada en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que las percibió” (art. 307 ter.3 CP). Asimismo, este ánimo recaudatorio se prevé la existencia de un procedimiento penal “no impedirá que la Administración competente exija el reintegro... de las prestaciones indebidamente obtenidas. El importe que deba ser reintegrado se entenderá fijado provisionalmente por la Administración, y se ajustará después a lo que finalmente se resuelva en el proceso penal”. Si bien, se prevé la posibilidad de que el juez acuerde la suspensión de la ejecución previa.

El rastreo de este delito en los repertorios judiciales da cuenta de que la atención en el ámbito del desempleo se ha aplicado ante conductas donde por ejemplo, se realiza un contrato de trabajo simulado o ficticio y se aparenta su finalización, para generar el derecho a una prestación por desempleo. Señala la SAP Asturias, Sala de lo Penal, de 30 de enero de 2015, rec. ap. 37/2014, que con ello: “Se afecta, en definitiva, a los valores solidarios del régimen público de la Seguridad Social que ha de garantizar la asistencia y prestaciones sociales seriamente coberturadas en el marco del sistema cuya consagración

---

forma parte el artículo 308 (“De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social”). En definitiva, estos fraudes suponen una especie de estafa privilegiada y por consiguiente debe ser el precepto antes citado el que ha de ser aplicado en estos supuestos por razón del principio de especialidad (art. 8º.1ª Código Penal). Ello quiere decir, por tanto, que cuando este tipo de conductas antisociales no superen la cuantía de los diez millones de pesetas que en dicho precepto se señalan como condición objetiva de punibilidad, la respuesta del Estado frente a las mismas ha de ser la del Derecho administrativo sancionador”».

<sup>34</sup> Vid. el Acuerdo 1/2002 del Pleno de la Sala Segunda del TS, que estableció que el fraude en la percepción de las prestaciones por desempleo constituye una conducta penalmente típica prevista en el art. 308 del CP de 1995. Hay que tener en cuenta que los fraudes en materia de pensiones se configuraban según la interpretación jurisprudencial como delitos de estafa (SSTS 9 de junio de 2003, 15 julio 2004 y 13 de julio de 2012).

<sup>35</sup> Este tipo agravado se ha aplicado por ejemplo en una conducta en que el hijo de una pensionista no comunicó su fallecimiento y utilizó un falso DNI para continuar cobrando la pensión (vid. STS, Sala Segunda, 28 enero 2015, rec. cas. 886/2015). Aunque por el principio de irretroactividad de las normas penales no se aplicó el art. 307 ter por ser más gravoso que los anteriores tipos genéricos de falsedad documental, estafa, etc.

constitucional se halla en el art. 41 C.E”. Lo interesante del pronunciamiento es que considera la conducta subsumible en este tipo específico de fraude a la Seguridad Social, frente a otros más genéricos como el de falsedad documental o del art. 251.3 CP sobre simulación del contrato. Y en segundo lugar, también es interesante que el órgano judicial opta por excluir la pena de prisión. Y ello sobre la base de una valoración subjetiva, condena al pago de la multa en la cuantía legal, proporcional a lo defraudado.

### **3.- Cuestiones específicas de las modalidades procesales de Seguridad Social en materia de desempleo**

Aunque como veremos, no puede afirmarse que todas las reclamaciones judiciales en materia de protección por desempleo se tramiten por la modalidad procesal de prestaciones Seguridad Social (arts. 140 a 147 LRJS), es cierto que este es el cauce procesal adecuado para la mayoría de ellas, al abarcar las cuestiones de reconocimiento, denegación, suspensión o extinción de las prestaciones por desempleo, inclusive las sanciones a los trabajadores en esta materia<sup>36</sup>. Por tanto, el estudio de esta modalidad procesal especial de Seguridad Social parece especialmente necesario, más aún si tenemos en cuenta que en el seno de estos preceptos se contienen procedimientos especiales en relación con la prestación por desempleo –caso del art. 147 LRJS- o bien, excepciones a la revisión de actos declarativos de derechos en perjuicio de los beneficiarios, en el art. 146.2.b) LRJS.

En las pretensiones en materia de Seguridad Social en las que se invoque la lesión de un derecho fundamental, existe una doble posibilidad en función de la estrategia que quiera seguir el demandante: podrán tramitarse por la modalidad procesal de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales, de conformidad con lo que se desprende de los arts. 184 LRJS y siguientes o por este proceso especial, sin perjuicio de la sujeción en este último caso, a la correspondiente reclamación previa. En cambio, la reclamación administrativa previa no se exige si la pretensión se plantea por la modalidad procesal de tutela de un derecho fundamental (art. 140 LRJS), donde esta reclamación es potestativa.

Se analizarán en primer lugar las normas propias de la modalidad procesal general en materia de Seguridad Social, y en segundo lugar, determinadas especialidades en las submodalidades procesales. Todo ello desde la perspectiva de la protección por desempleo

#### *3.1.- Normas comunes*

##### 3.1.1.- Órgano judicial competente

---

<sup>36</sup> Los arts. 24, 25 y 26 TRLISOS tipifican las infracciones leves, graves y muy graves de los trabajadores, beneficiarios y solicitantes de prestaciones.

En instancia será siempre competente el juzgado de lo social, y en cuanto a la competencia territorial, será juzgado competente aquél en cuya circunscripción se haya producido la resolución, expresa o presunta, en materia de desempleo impugnada en el proceso, o el del domicilio del demandante, a elección de éste (art. 2.o) y art. 10.2.a) LRJS).

### 3.1.2.- Especialidades en los actos previos

En ninguno de los casos de reclamación en materia de prestaciones de desempleo ha de hacerse conciliación administrativa, que está excluida para todos los procesos de Seguridad Social. En cambio, se ha de cumplir el trámite de la reclamación previa en materia de Seguridad Social regulado en el art. 71 LRJS, cuando quien reclame sea el trabajador o beneficiario. No resulta de aplicación la reclamación previa en aquellas pretensiones que se dirijan contra beneficiarios de la Seguridad Social por parte de la entidad gestora.

La reclamación previa es importante por cuanto esta modalidad procesal se configura en realidad, como un proceso revisor de la resolución adoptada por la entidad gestora. De este modo, debe tenerse en cuenta que la reclamación previa va a tener una incidencia clara en el contenido del proceso existiendo un principio de congruencia que tiene una doble vertiente: a) la existente entre la reclamación y la demanda, y b) la existente entre la resolución administrativa denegatoria y la contestación a la demanda.

a) Congruencia entre la reclamación previa y la demanda respecto a los hechos y la pretensión planteada (art. 72 y 143.4 LRJS). A estos efectos, el art. 143.4 LRJS establece que *“en el proceso no podrán aducirse por ninguna de las partes hechos distintos de los alegados en el expediente administrativo, salvo en cuanto a los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad”*.

b) Congruencia entre la contestación a la reclamación previa y la oposición a la demanda. Se trata de impedir la modificación de la posición de las entidades gestoras respecto al procedimiento administrativo.

Esta vinculación entre la vía administrativa previa y la demanda y la contestación de la entidad gestora al expediente administrativo es fruto de un reparto de funciones en que corresponde resolver a la Administración, y revisar a la jurisdicción; y que conduce a que no pueda “revisarse” lo que no ha sido objeto de resolución previa<sup>37</sup>.

Además, deben tenerse en cuenta una serie de reglas sobre la reclamación administrativa previa. La más importante, es que es un presupuesto procesal, por lo que en la demanda deberá presentarse documento acreditativo de haberse cumplido el presupuesto. Caso de omitirse esta exigencia del art. 140.2 LRJS, el secretario judicial dispondrá que se subsane el defecto en el plazo de 4 días, y transcurrido éste sin hacerlo, el secretario debe dar cuenta al tribunal para que por el mismo se resuelva sobre la admisión de la demanda (art. 140.2 LRJS).

---

<sup>37</sup> Rivas, 2002, p. 130.

La reclamación administrativa previa debe interponerse en el plazo de 30 días desde la notificación de la solicitud inicial del interesado si es expresa o desde la fecha en que conforme a la normativa reguladora del procedimiento de que se trate, deba entenderse producido el silencio administrativo. La entidad deberá contestar expresamente en el plazo de 45 días y, en caso contrario se entenderá denegada por silencio administrativo. A continuación, la demanda habrá de formularse dentro del plazo de 30 días, a contar desde la fecha en que se notifique la denegación de la reclamación previa o desde el día en que se entienda denegada por silencio administrativo. La no presentación de la demanda en plazo no provoca la caducidad, sino que la acción no queda perjudicada mientras el derecho sustantivo permanezca vivo – que no haya prescrito o caducado-, pudiendo ser de nuevo ejercitada, con tal solo reiniciar nuevamente la vía administrativa. Esta es la doctrina de la llamada caducidad en la instancia, que es una institución procesal, que no debe confundirse con la caducidad o la prescripción de la acción. La figura de la caducidad en la instancia puede tener lugar por no haberse interpuesto la reclamación previa en plazo o por no haberse presentado la demanda tras el plazo de treinta días computado desde la contestación a la reclamación administrativa previa.

En cuanto al cómputo de plazos han de tenerse en cuenta varias reglas. En primer lugar, es de aplicación la regla general del art. 43 LRJS en cuanto a la inhabilidad del mes de agosto. También hay que estar a lo establecido en el art. 30 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que entre otras novedades, unifica el cómputo de los plazos administrativos y judiciales, en cuanto por ejemplo, declarar inhábiles los sábados. En la regulación de la reclamación administrativa en materia de seguridad social, aplicable a las reclamaciones de prestaciones de desempleo, los plazos están expresados en días, por lo que se contarán a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate, o desde el siguiente a aquel en que se produzca la estimación o la desestimación por silencio administrativo.

### 3.1.3.- Legitimación

La legitimación activa corresponde normalmente el trabajador o beneficiario de la seguridad social. En ocasiones la legitimación del empresario ha ofrecido dudas. Sin embargo, está claro que ostenta legitimación en las reclamaciones dirigidas contra entidades gestoras, impugnando la resolución administrativa que le haya declarado responsable de las prestaciones.

En cuanto a la legitimación pasiva, en principio la tendrá la Entidad Gestora. Ahora bien, existen supuestos de litisconsorcio pasivo necesario, como cuando se pretenda la responsabilidad de la empresa en materia de prestaciones, en los que junto a las entidades gestoras y el servicio común, habrá que demandar, también al empresario. La representación y defensa de Entidades Gestoras y de la Tesorería General de la Seguridad Social corresponde generalmente a los Letrados de la Administración de la Seguridad Social conforme establece el art. 22 LRJS.

El SPEE como entidad gestora de la prestación, tiene concedido el beneficio de justicia gratuita, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2.b) de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita<sup>38</sup>. Tal reconocimiento comporta básicamente, la no necesidad de efectuar depósitos y consignaciones para recurrir y la no condena en costas tras la desestimación de sus recursos, excepto en los supuestos en los que se aprecie temeridad o mala fe en la actuación de las Entidades Gestoras (art. 36.2 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita).

#### 3.1.4.- Personación de otras personas que ostenten un interés legítimo

Además de las entidades gestoras de seguridad social, el art. 143.3 LRJS también permite la intervención en el proceso de todas aquellas personas, físicas o jurídicas, que sin ser parte en los procesos sobre prestaciones de Seguridad Social, ostentan un interés legítimo o puedan resultar afectadas por el mismo (por ejemplo, el empresario, una empresa aseguradora, etc.). A tal fin, el órgano judicial viene obligado a la vista del expediente administrativo instruido en relación con la pretensión planteada por la entidad gestora o colaboradora competente, a citar a aquellas personas para que puedan comparecer en el acto de juicio y ser tenidas por parte en el proceso y formular sus pretensiones, procurando que tal emplazamiento se entienda con los interesados con al menos cinco días hábiles de antelación al señalamiento a juicio y sin necesidad de que, en este caso, se cumplan los plazos generales previstos para la citación de las partes demandadas en el artículo 82.

#### 3.1.5.- Expediente administrativo

Una de las mayores especialidades de esta modalidad procesal es la exigencia de contar con el expediente administrativo. La remisión del expediente administrativo cumple la doble finalidad de determinar la congruencia o incongruencia entre el mismo y las actuaciones a desarrollar en el proceso, y de servir como elemento de prueba importante. Ninguna de las partes podrá aducir en el proceso “hechos distintos de los alegados en el expediente administrativo” (salvo hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad) (art. 143.4 LRJS). Sin embargo, el expediente no goza de privilegio alguno sobre otras pruebas a la hora de la prueba de la certeza de los hechos.

Al admitir a trámite la demanda, el secretario judicial reclamará de oficio a la Entidad Gestora, la remisión del expediente original o copia del mismo en soporte escrito o preferiblemente informático y, en su caso, informe de los antecedentes que posea en

---

<sup>38</sup> Esta condición se habría reconocido al INEM, pero que cabría trasladar al SPEE, por tratarse en esencia y sin perjuicio del reparto de competencias con los órganos autonómicos, del mismo organismo con distinto nombre. A nivel jurisprudencial, cabría recordar una doctrina que habría reconocido el beneficio de justicia gratuita a órganos gestores de prestaciones que habrían sustituido o heredado competencias de antiguas entidades gestoras (por ejemplo, del INSALUD a los servicios públicos de salud autonómicos, en STS 17 septiembre 2009, rcud. 4455/2008). Esta doctrina es trasladada para el paso del INEM al SPEE, en STSJ de Madrid de 28 septiembre 2015, rec. 36/2015.

relación con el contenido de la demanda cuando no exista expediente administrativo. El expediente ha de ser presentado en el plazo de 10 días desde que se notifique el requerimiento (art. 143.1 LRJS). Por tanto, debería estar antes de la celebración del juicio para que los interesados puedan examinar su contenido a fin de preparar una adecuada defensa. A estos efectos, la LRJS contiene la siguiente regulación: cumplido el plazo de remisión del expediente sin que se hubiera recibido el mismo, el secretario judicial reiterará por vía urgente su inmediata remisión. Si llegado el día señalado para el juicio, no se ha aportado el expediente, el juicio se celebrará igualmente. Únicamente, la falta de remisión del expediente puede originar la suspensión del juicio en dos casos (art. 144 LRJS):

- a) Si la entidad gestora justifica suficientemente la omisión de la remisión del expediente.
- b) Si al demandante *“le conviniere la aportación del expediente a sus propios fines”*. En efecto, puede ocurrir que al demandante le interese celebrar el juicio teniendo a la vista el expediente, en cuyo caso puede solicitar la suspensión del juicio para que se reitere la orden de remitir el expediente en un nuevo plazo de 10 días, con apercibimiento de la imposición de medidas de apremios pecuniarios y multas coercitivas a que se refiere el apartado 5 del artículo 75. Si reiterada la orden de remisión del expediente se vuelve a omitir, el juez puede tener por probados hechos alegados por el demandante de imposible prueba o de difícil demostración por medios distintos del expediente mismo. Se trata de una particular aplicación de la figura de la *“ficta confessio”* que regula el art. 94.2 LRJS y 90.7 LRJS, que confiere al juez la facultad de dar por probados determinados hechos ante la falta de colaboración o la obstaculización de la parte requerida en la aportación de determinados documentos o la realización de determinados pruebas.

Se contienen tres previsiones más en la regulación del expediente administrativo en esta modalidad procesal:

- 1º.) En el requerimiento igualmente al correspondiente organismo éste deberá poner de oficio en conocimiento del juzgado o tribunal, informe de si tiene conocimiento de la existencia de otras demandas en las que se deduzcan pretensiones en relación con el mismo acto o actuación, a los efectos de posibilitar la acumulación de oficio o a instancia de parte.
- 2º.) El art. 143.1 LRJS dispone que si se hubiera remitido el expediente original, será devuelto a la Entidad de procedencia, cuando sea firme la sentencia, dejándose constancia de ello en los autos.
- 3º.) Falta de remisión del expediente, supuesto en el que la ley impone al órgano judicial la obligación de notificar al Director de la Entidad Gestora o del Servicio Común, a los efectos de la posible exigencia de responsabilidad disciplinaria al funcionario (art. 145 LRJS).

3.1.6.- Especialidades en materia de alegaciones: en particular, la prescripción y la caducidad

En punto a las alegaciones, una de las excepciones que plantea una cierta litigiosidad es la de prescripción, caducidad y reintegro de prestaciones indebidas, regulado en los arts. 53, 54 y 55 TRLGSS-2015. El art. 53 hace referencia a la prescripción por reconocimiento del derecho a una prestación, mientras que la caducidad, regulada en el art. 54 está referida al abono de las prestaciones ya reconocidas. Empero, la mayor litigiosidad se ha centrado en el reintegro de prestaciones indebidamente percibidas previsto en el art. 55, y que establece un plazo de cuatro años. Este plazo rige para el reintegro de prestaciones por desempleo indebidamente percibidas, incluso cuando el reconocimiento del derecho se deba a un error imputable de la entidad gestora (ap. 3 del art. 55). El estricto tenor literal del precepto, que prescinde de la causa que originó la revisión, acaba con la interpretación jurisprudencial que había rebajado la obligación de reintegro a la devolución de lo percibido durante los últimos tres meses en prestaciones y subsidios por desempleo<sup>39</sup>.

El inicio del plazo resulta un aspecto particularmente litigioso. El art. 55.3 TRLGSS-2015 establece que el plazo se contará a partir de la fecha de su cobro, o desde que fue posible ejercitar la acción para exigir su devolución. Ello se ha interpretado de una forma casuística por los tribunales según cual sea la causa que origina el reintegro. Por ejemplo, se ha considerado que en un supuesto de incompatibilidad entre salarios de trámite y prestación por desempleo, el plazo se iniciaría desde la sentencia de suplicación que confirmó la improcedencia del despido<sup>40</sup>. En un sentido similar, cuando la acción de reintegro de una prestación por desempleo deriva de una resolución judicial que anula un despido colectivo, y condena a la readmisión de los trabajadores y a la correspondiente percepción de salarios de trámite, el “dies quo” nacería desde la resolución judicial firme<sup>41</sup>. En cambio, cuando se solicitaba el reintegro de una prestación de desempleo reconocida en su modalidad de pago único por comenzar un actividad por cuenta propia cuando en realidad, se inició una actividad por cuenta ajena, existiría jurisprudencia unificada en el sentido de que la fecha de inicio del plazo de prescripción sería en el

---

<sup>39</sup> Vid., por todas, STS 27 septiembre 2011, rcud. 4490/2010, en un caso en que se descartaron interpretaciones equitativas y se decretó la devolución de prestación de desempleo reconocida indebidamente a un beneficiario cuando ya tenía la edad ordinaria de jubilación y reunía las cotizaciones para acceder a la pensión de jubilación. En la sentencia se señalaría respecto al entonces vigente art. 45.3 TRLGSS-1994, "los términos del nuevo artículo 45.3 LGSS a través de los criterios de la interpretación jurídica, es preciso constatar que en el enunciado del mismo de un lado se reafirma sin restricciones la regla general de prescripción quinquenal; y de otro lado no sólo se omite cualquier mención expresa de la excepción de equidad apreciada por esta Sala, sino que parece cerrarse virtualmente el paso a la misma al afirmar que la norma de prescripción quinquenal ha de aplicarse con independencia de la causa que originó la percepción indebida, incluso cuando la misma se ha debido a un error imputable a la entidad gestora. En estas condiciones no cabe mantener la excepción jurisprudencial de equidad, teniendo en cuenta que las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita".

<sup>40</sup> STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 10 noviembre 2011, rec. 1317/2011, que consideró que habiéndose producido esta sentencia en 2004, cuando en el 2009, la entidad gestora reclamó la devolución de las prestaciones por desempleo indebidamente percibidas, la reclamación estaba prescrita.

<sup>41</sup> STSJ País Vasco 3 abril 2007 y ATS 3 julio 2008, rcud. 1933/2007, que rechaza recurso de casación contra la misma por falta de contradicción.

momento en que se procedió a reconocer el derecho a la prestación, no cuando se descubrió que la prestación era laboral y no por cuenta propia<sup>42</sup>.

En cuanto a las causas de interrupción del plazo de cuatro años para el reintegro de las prestaciones indebidas, entre las mismas, cabe destacar el haberse incoado procedimiento penal sobre los hechos base de la percepción de la prestación por desempleo (por ejemplo, fraude en la obtención de prestaciones *ex art. 307 ter CP* o por delitos de falsedad documental). Como es bien sabido, este tipo de procedimientos penales serían acciones predeterminantes dirigidas a comprobar la certeza de los hechos que motivaron la concesión de la prestación de desempleo. Esta interrupción abarcaría desde el inicio de las diligencias penales hasta su conclusión, reiniciándose el cómputo del plazo legal de cuatro años para la reclamación del reintegro de lo indebidamente percibido<sup>43</sup>. Empero, si la acción penal se inició cuando ya había transcurrido el plazo de prescripción de cuatro años, la acción penal no reactivaría el plazo que ya habría transcurrido, y por consiguiente, no cabría estimar el derecho de la entidad gestora al reintegro de lo indebidamente percibido<sup>44</sup>.

Otra causa de interrupción es la imposibilidad de notificación al beneficiario de la prestación por desidia o negativa a la recepción de los notificaciones con acuse de recibo que resultan infructuosas, e implican abrir un procedimiento de notificación por edictos, siempre que se cumplan las reglas de este procedimiento previstas en la ley de procedimiento administrativo<sup>45</sup>.

La alegación de la prescripción también suele jugar en relación con los procedimientos por sanciones administrativas en materia de desempleo. Las infracciones en materia de Seguridad Social se tipifican en los arts. 20 a 32 TRLISOS. La prescripción de las infracciones en materia de Seguridad Social cuenta con un plazo especial de 4 años. Los plazos de prescripción empiezan a computarse desde el día en que se cometió la infracción, pero en las infracciones con una conducta prolongada en el tiempo, el plazo de prescripción comienza a contarse desde que finalice la conducta del infractor.

Los plazos de prescripción para la imposición de sanciones en el orden social se interrumpen por las causas establecidas en el art. 7.2 RISOS, siendo éstas las siguientes:

- Por cualquier causa admitida en derecho.
- Por el acta de infracción debidamente notificada.
- Porque el sujeto infractor realice cualquier actuación que implique reconocimiento de los hechos constitutivos de la infracción.
- Por orden o requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.
- Cuando las infracciones pudieran ser constitutivas de delito y se pongan en conocimiento del órgano jurisdiccional penal o del Ministerio Fiscal, se interrumpe la prescripción hasta que el Ministerio Fiscal comunique su decisión de no ejercer acción penal o recaiga resolución judicial absolutoria.

---

<sup>42</sup> STS 10 febrero 2000, rec. 1907/1999 y STS 22 marzo 2000, rec. 5014/1998, que fijan el inicio del plazo desde el reconocimiento originario del derecho a la prestación y no desde que la entidad gestora conoció la percepción indebida de la prestación.

<sup>43</sup> Aplicando esta interrupción de la prescripción por notificación edictal, vid. STSJ Murcia 16 junio 2003 rec. 642/2003, STSJ Andalucía (Sevilla) 28 mayo 2004 y STSJ de Madrid 29 marzo 2011, rec. 888/2011.

<sup>44</sup> STSJ de Madrid 18 febrero 2011, rec. 5865/2010 y ATS 18 abril 2012, rcud. 3147/2011.

<sup>45</sup> Una aplicación de esta causa de interrupción en STSJ Cantabria 17 diciembre 2004.

- Porque los afectados o sus representantes interpongan algún recurso o reclamación.
- Por la iniciación del procedimiento de oficio ante la orden jurisdiccional social
- Cuando se trate de deudas por cuotas a la Seguridad Social porque se inicie cualquier actuación administrativa con conocimiento del sujeto responsable del pago conveniente a la liquidación o recaudación de la deuda.

Los plazos de prescripción de las infracciones se reanudan cuando el procedimiento sancionador estuviese paralizado por más de un mes por causa no imputable al sujeto responsable.

### 3.1.7.- Especialidades en la prueba y la sentencia

Aunque en la normativa de la modalidad procesal de Seguridad Social no se contiene ninguna previsión especial en punto a la prueba, sin embargo parece conveniente recordar algunas cuestiones con incidencia en la protección por desempleo. En primer lugar, respecto de la carga de la prueba, hay que señalar que la mayoría de los asuntos tramitados a través de este proceso especial tienen por objeto la reclamación de una prestación o de un subsidio, por lo que, con carácter general, debe señalarse que corresponderá al demandante la prueba de los hechos constitutivos de su derecho, es decir, la existencia de la situación protegida y la concurrencia de los restantes requisitos de acceso a la protección y, la entidad gestora tiene la carga de probar los hechos impositivos, los extintivos y los excluyentes.

Ello no obstante, también rige el principio de mayor facilidad probatoria contenido en el art. 217 LEC, así por ejemplo en la fijación de base reguladora – que es un concepto básico para determinar la cuantía de una prestación y que depende de las cotizaciones efectuadas- pese a ser un hecho constitutivo, puede ser probado más fácilmente por el INSS.

En segundo lugar, la prueba documental suele ser la prueba por excelencia en los procesos de Seguridad social, y dentro de ella adquiere un marcado protagonismo el expediente administrativo. Sobre los plazos de aportación y consecuencias de la falta de remisión del expediente se estará a lo antes expuesto. En tercer lugar, como prueba documental, cabe reseñar alguna disposición específica como la contenida en al DT 3.2 TRLGSS-2015<sup>46</sup>, que alude a que: “2. Los datos sobre cotización que obren en la Administración de la Seguridad Social podrán ser impugnados ante la misma y, en su caso, ante los órganos jurisdiccionales del orden social. Los documentos oficiales de cotización que hayan sido diligenciados, en su día, por las oficinas recaudadoras constituirán el único medio de prueba admisible a tales efectos”. Conforme a este precepto, el único medio de prueba para la impugnación sobre los datos de cotización, son los que obren en la Administración de la Seguridad Social. El hecho de que el único medio de prueba admisible es el documento oficial de cotización, implica que en caso

---

<sup>46</sup> Anteriormente, vid. DT 2.2 TRLGSS-1994.

de que no exista, no pueda deducirse la existencia de cotizaciones de otros datos. En este sentido, los Tribunales en diferentes Salas ya han señalado que los documentos de alta y baja no acreditan necesariamente la cotización<sup>47</sup>.

Otra de las cuestiones espinosa de la prueba se relaciona con la congruencia con el expediente administrativo. Es práctica habitual que la entidad gestora se ratifique en la resolución administrativa impugnada y en los fundamentos jurídicos que se contienen en la misma. En todo caso, debe recordarse que el órgano administrativo tiene prohibido efectuar variaciones sustanciales, no pudiendo realizar alegaciones que no estén en el expediente administrativo a los efectos de denegar las prestaciones, salvo que se trate de hechos producidos con posterioridad. Esta regla obviamente trata de preservar el derecho de defensa del beneficiario. Por otra parte, obviamente ello no limita las posibilidades del juzgador que puede desestimar la demanda en materia de protección por desempleo por causa diferente de la que contuviera la resolución o el expediente administrativo o, bien, por el contrario, reconocer el derecho por una causa no tenida en cuenta por el órgano gestor. Por otra parte, en los fundamentos de derecho, el juez puede apoyarse en argumentos jurídicos distintos de los aducidos por la parte actora o la entidad gestora, de acuerdo con el principio *iura novit curia*. Y es que si bien, el juzgador está vinculado por los hechos probados y el expediente administrativo, no existe obligación de emplear la misma fundamentación jurídica aducida por las partes<sup>48</sup>.

En materia de sentencia no existen especialidades reseñables. Una cuestión obvia es que la sentencia debe estar suficientemente motivada, debiendo razonar el juzgador sobre qué razones justifican la aplicación de la base reguladora propuesta por la parte demandante o demandada, cuando se discute ésta. En cuanto a la posibilidad, harto infrecuente en el orden social, de sentencias de viva voz, recuérdese que están excluidas en las modalidades procesales cuando por razón de la cuantía o materia proceda recurso de suplicación (art. 50.1 LRJS). Ello remite la cuestión al análisis del epígrafe siguiente en cuanto a la recurribilidad de la sentencia en materia de protección por desempleo.

### 3.1.7.- Recurso de suplicación

Contra la sentencia de instancia dictada en materia de prestación por desempleo, merece un tratamiento específico el acceso al recurso de suplicación. A estos efectos,

---

<sup>47</sup> Vid. STSJ del País Vasco 4 junio 2002, rec. 1046/2002, STSJ de Castilla-La Mancha 7 septiembre 2005, rec. 511/2004, STSJ Andalucía 28 mayo 2009 y STSJ Comunidad Valenciana, que resolvió el recurso 1279/2014.

<sup>48</sup> Es ilustrativa la STS 13 mayo 2015, rcud. 2785/2014, que abordaba un supuesto de realización de un trabajo por cuenta ajena descubierto por la inspección al girar visita a un restaurante, sin haber comunicado el trabajador, perceptor de la prestación de desempleo, previamente, la colocación. El inspector había calificado esta infracción como muy grave tipificada en el art. 26.2 TRLISOS, proponiendo como sanción la extinción de la prestación por desempleo y la exclusión del derecho a percibir cualquier prestación económica, con devolución de la cantidades indebidamente percibidas. En cambio, el TS reputó que la conducta era una infracción grave del 25.3 TRLISOS. Lo interesante desde el punto de vista judicial es que el tribunal considera que la alteración de la valoración jurídica de los hechos no vulnera ninguna norma de Derecho Sancionador, no existiendo indefensión para el trabajador sancionado.

deben partirse de las reglas generales. Conforme establece el artículo 191 LRJS, son recurribles las sentencias que resuelvan acerca del reconocimiento o denegación del derecho a obtener una prestación de Seguridad Social, de modo que sólo quedan excluidas –a salvo de la existencia de defectos procesales- los supuestos de reclamaciones de cantidad sobre discrepancias de la cuantía de la reclamación reconocida por diferencias en la base reguladora o sobre reclamación de la prestación ya reconocida y no abonada, o reintegro de una parte del subsidio percibido o cualquier otra cuestión atinente a una diferencia cuantitativa. En estos supuestos, rige la regla general de recurribilidad por razón de la cuantía, salvo que se trate de cuestiones de afectación general. Esta regla implica que el acceso al recurso queda vedado a las reclamaciones que no superen los 3.000 euros, conforme a una inveterada jurisprudencia según la cual para la cuantificación de dicho monto, ha de estarse a la cuantía total reclamada –por consiguiente, la referida en el suplico de la demanda, no la concedida por la sentencia- y, en caso de prestaciones de pago periódico hay que estar a la cuantía anual<sup>49</sup>. Esta doctrina jurisprudencial habría sido objeto de recepción legislativa en el art. 192.3 LRJS, que establece: “Cuando la reclamación verse sobre prestaciones económicas periódicas de cualquier naturaleza o diferencias sobre ellas, la cuantía litigiosa a efectos de recurso vendrá determinada por el importe de la prestación básica o de las diferencias reclamadas, ambas en cómputo anual, sin tener en cuenta las actualizaciones o mejoras que pudieran serle aplicables, ni los intereses o recargos por mora. La misma regla se aplicará a las reclamaciones de reconocimiento de derechos, siempre que tengan traducción económica”. Ello implica que si la diferencia en la cuantía no alcanza los 3.000€ no hay derecho al recurso de suplicación<sup>50</sup>.

También se había aplicado en supuestos donde se impugnaban sanciones de suspensión o extinción de la prestación por desempleo, pero en este punto se ha producido una interesante evolución jurisprudencial. La regla de recurribilidad o irrecurribilidad en suplicación de las sentencias que resolviesen sobre la imposición de sanciones de las prestaciones por desempleo a un perceptor de dicho subsidio como consecuencia de una falta, había sido discutida durante largo tiempo, resolviéndose sobre la base del criterio de la cuantía. El Tribunal Supremo habría venido manteniendo una doctrina consolidada de declarar la falta de competencia funcional de la Sala de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia para conocer del recurso de suplicación si la cuantía del perjuicio no supera los 3.000 euros<sup>51</sup>. Pese a la continuidad de pronunciamientos, cabe señalar

---

<sup>49</sup> Esta regla se preveía ya en el art. 178.3 de la derogada Ley de Procedimiento Laboral de 1980, pero fue omitida por la LPL de 1990. No obstante, se mantuvo por la jurisprudencia de la Sala IV del TS, que al mismo tiempo consideró no aplicable supletoriamente la regla del art. 251.7 LEC/2000 por ser incompatible con los principios que rigen los recursos laborales. Puede verse una recopilación de esta doctrina en STS 14 mayo 2015, rcud. 811/2015.

<sup>50</sup> En aplicación de esta regla vid. SSTS 17 febrero 2015, rcud. 811/2014, 14 mayo 2015, rcud. 82/2014, 19 mayo 2015, rcud. 2949/2014, 24 junio 2015, rcud. 1470/2014, y 15 septiembre 2015, rcud. 3306/2014.

<sup>51</sup> STS 21 febrero 2000, rcud. 3958/1998, 7 marzo 2000, rcud. 2689/1998, Sala General 22 junio 2000, rcud. 559/1999, 10 octubre 2000, rcud. 2320/1999, 3 febrero 2003, rcud. 1465/2002 y 31 marzo 2015, rcud. 2075/2014, reiteran doctrina en punto al acceso al recurso de suplicación por falta de cuantía económica en un supuesto donde se impugnaba una sanción de suspensión de la prestación por desempleo durante un mes.

como discrepante la STS de 26 septiembre 2000, rcud. 4725/1998, que sí aceptó la posibilidad de la suplicación en un caso de impugnación de una sanción por desempleo en cuantía inferior a la habilitante para el recurso que, en aquel momento, era de 300.000 ptas.<sup>52</sup>. Sin embargo, este criterio sería expresamente rectificado en sentencias posteriores<sup>53</sup>.

Pero, en un nuevo hito de la evolución interpretativa, el TS habría distinguido al aludir a la cuantía determinante del acceso a la suplicación entre las sanciones por extinción de la prestación por desempleo<sup>54</sup> y las de suspensión<sup>55</sup>, teniendo en cuenta en el último caso, la cuantía de la pérdida patrimonial sufrida por el trabajador como consecuencia de la sanción, donde se venía aplicando la barrera de los 3.000 euros, que ahora se variaría en el caso de sanción de extinción de la prestación o subsidio, donde las consecuencias irían más de las puramente económicas. Con ello el TS altera su doctrina donde lo esencial había sido la cuantía económica, para considerar ahora relevante si la sanción es de extinción o de suspensión de la protección por desempleo.

En el caso donde la reclamación de impugnación de la sanción es puramente económica, no es intrascendente tener en cuenta que para valorar si se alcanza la cuantía que constituye el tope inferior del acceso al recurso de suplicación, se toma el montante económico de la sanción. Este criterio se apoya en realidad, en otro tradicional de determinación de la cuantía del recurso en función del interés concreto reflejado en la demanda en su vertiente económica, aun en los casos en los que se reclama también algún derecho del que deriva tal interés<sup>56</sup>.

La recurribilidad es una cuestión de orden público procesal, por afectar a la competencia funcional y ello tiene varias consecuencias. La primera es que es apreciable de oficio, y también por el órgano *ad quem*, por ejemplo en sede de recurso de casación

---

<sup>52</sup> Conforme al art. 189.1 LPL, tomando en consideración la circunstancia de que la suspensión y consiguiente pérdida de la prestación por el período de un mes no sólo causaba al interesado el perjuicio concretado consistente en la pérdida de una mensualidad del subsidio, sino otros perjuicios superiores añadidos a aquél, cual es la pérdida de la «inscripción como desempleado...», con la consiguiente «pérdida de derechos que como demandantes de empleo tuvieran reconocidos», la de dejar de cotizar durante ese mes y el trabajador dejar de estar en alta por asimilación en seguridad social

<sup>53</sup> STS 3 febrero de 2003, rcud. 1465/2002 y STS 31 marzo 2015, rcud. 2075/2014.

<sup>54</sup> La STS 23 junio 2015, rcud. 1940/2014, declara la posibilidad de recurso de suplicación contra una sentencia que confirma la extinción de la prestación por desempleo por falta grave por una cuantía litigiosa inferior a la del recurso de suplicación, por considerar que la pretensión excedía de una mera reclamación de cantidad. Se argumenta en esta sentencia: “en supuesto de autos no se trata de una sanción de suspensión de las prestaciones del subsidio de desempleo por un mes, sino la extinción de la percepción de la prestación o subsidio reconocidos, no pudiendo acceder a ninguna prestación o subsidio que pudiera corresponder por el agotamiento del derecho extinguido, dejando sin efecto la inscripción como demandante de empleo, perdiendo todos los derechos inherentes a tal condición. (...) lo que conduce a estimar el recurso, declarando la competencia funcional de la Sala de suplicación para conocer de la cuestión de fondo planteada y, la nulidad de la sentencia impugnada con devolución de los autos a dicho órgano judicial para que con libertad de criterio se pronuncie sobre la cuestión de fondo”.

<sup>55</sup> Vid. la STS 31 marzo 2015, rcud. 2075/2014, que estima la improcedencia por razón de la cuantía del recurso de suplicación frente a una sentencia que resolvió sobre la suspensión de la prestación por desempleo por un mes, que no alcanzaba el importe mínimo establecido en el art. 191.2.g) LRJS.

<sup>56</sup> Por todas SSTS 5 noviembre 2001 (rcud. 4685/2000), 22 enero 2002 (rcud. 620/2001), 7 octubre 2002 (rcud. 120/2002), y STS 31 marzo 2015, (rcud. 2075/2014).

para la unificación de doctrina, aunque no exista contradicción, y sin que sea necesario alegar sentencias de contraste<sup>57</sup>.

La segunda consecuencia es que en el examen de la falta de competencia funcional por la Sala de lo Social en el recurso de suplicación, la controversia sobre la incompetencia funcional, faculta en principio a la Sala para la apertura del trámite de alegaciones sobre la posible declaración de nulidad de lo actuado. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha considerado dicho trámite innecesario si la cuestión de la recurribilidad ha sido el objeto del debate en el recurso de suplicación<sup>58</sup>. En caso de haberse admitido indebidamente el recurso, procedería declarar la nulidad de las actuaciones hasta la sentencia de instancia. Dicho de otra manera, se declararía la nulidad de todo lo actuado desde la admisión a trámite del recurso.

La regla de improcedencia del recurso de suplicación por razón de la cuantía se exceptúa cuando hay afectación general. Como es sabido, la afectación general requiere que se produzca un hecho incorporado como tal valoración en la sentencia de instancia, tanto si consta en la declaración de hechos probados o en la fundamentación jurídica de la sentencia con ese carácter. Esta afectación comporta «una situación real de litigio sobre la cuestión debatida por parte de todos o gran número de trabajadores o beneficiarios comprendidos en el campo de aplicación de la norma, es decir, que es necesario, como indican dichas sentencias, que la interpretación se perciba como controvertida por un grupo significativo de personas» no bastando que la norma sea de aplicación genérica, pues ésta es su vocación de aplicación, ya que en tal caso, determinado tipo de conflictos tendrían siempre acceso al recurso. Por su condición de hecho, está necesitado de alegación y prueba, salvo en el supuesto de notoriedad o conformidad de las partes. La notoriedad ha de ser necesariamente alegada por la parte, y el órgano de suplicación ha de controlar de oficio su competencia funcional valorando para ello la prueba practicada. También en el recurso de casación para la unificación de doctrina es posible el control de la decisión sobre la afectación general cuando exista contradicción sobre este punto o de oficio cuando no conste el elemento fáctico de la afectación general.

Además de la cuantía del recurso, cuando el recurso se presente frente a una sentencia que hubiera estimado la pretensión del beneficiario existe otra condición de recurribilidad. En estos supuestos, resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 230.2.c) de la LRJS, y deberá certificarse por la entidad gestora el inicio del abono y pago puntual durante la sustanciación del recurso de la prestación por la entidad gestora, hasta el límite de su responsabilidad, salvo en prestaciones de pago único o correspondientes a un período ya agotado en el momento del anuncio, bajo apercibimiento de poner fin al

---

<sup>57</sup> Para un resumen de la doctrina por la que se argumenta el prescindir de este requisito característico del recurso de casación para la unificación de doctrina, y resolver con carácter preferente la cuestión de la posibilidad de recurrir en suplicación, vid. STS 14 mayo 2015, rcud. 811/2015, en la que, reiterando doctrina, se afirma: “Ello es así porque tal cuestión no afecta sólo a ese recurso, el de suplicación, sino que se proyecta sobre la competencia del propio Tribunal Supremo, siendo así que el recurso de casación para la unificación de doctrina procede contra las sentencias dictadas en suplicación, lo que supone que la recurribilidad en casación se condiciona a que la sentencia de instancia fuera -a su vez- recurrible en suplicación, y por ello el control de la competencia funcional de la Sala supone el previo control sobre la procedencia o improcedencia de la suplicación”. En la misma línea, STS 17 febrero 2015, rcud. 811/2014.

<sup>58</sup> STS 17 febrero 2015, rcud. 811/2014.

trámite del recurso de no efectuarse en estos términos, aunque el requisito es subsanable. De esta norma se ha deducido, que siempre que se interponga recurso de suplicación por la parte condenada al pago de la prestación, se inicia la ejecución provisional de sentencia, ya que para la tramitación de aquél es imprescindible el abono de la misma mientras se encuentre pendiente.

### 3.1.9.- La sentencia que resuelva el recurso de suplicación, ejecución provisional y efectos de la revocación de la sentencia

En los casos en que proceda el recurso de suplicación en materia de protección por desempleo, de la sentencia que resuelva el recurso de suplicación cabe predicar una serie de características generales nacidas del carácter extraordinario del recurso y del principio de justicia rogada, que limitan al tribunal *ad quem* al *petitum* del recurso, salvo la existencia de nulidad de actuaciones por defectos procesales graves. Al hilo de lo anterior, cabe recordar que es una doctrina constante la de la prohibición de incurrir en *reformatio in peius* cuando la parte actora sea la recurrente, por lo que el tribunal no podrá modificar la sentencia del juzgador *a quo* de oficio en perjuicio y sin audiencia del recurrente.

Por otra parte, si bien la sentencia que resuelve el recurso debe pronunciarse acerca de la eventual imposición de costas a la parte vencida en el recurso, con inclusión de los honorarios profesionales del letrado que hubiera formulado la impugnación, en el ámbito específico de la impugnación de cuestiones de protección del desempleo, lo habitual será excluir esta condena al gozar el beneficiario y la entidad gestora del beneficio de justicia gratuita, según los arts. 2.d) y 2.b) de la Ley 1/1996, de 10 de enero. Asimismo, tampoco habrá lugar a la devolución del depósito ni a la consignación, por no ser exigibles.

Dispone el art. 294 LRJS que las sentencias recurridas, condenatorias al pago de prestaciones de pago periódico de Seguridad Social serán ejecutivas, quedando el condenado obligado a abonar la prestación, hasta el límite de su responsabilidad, durante la tramitación del recurso. Cabe distinguir diferentes situaciones:

Un primer caso es el de que la sentencia que resuelve el recurso, sea de suplicación o de unificación de doctrina, confirme la sentencia de instancia condenatoria, o se inadmita aquél, la ejecución provisional pasa a ser definitiva sin necesidad de mayor trámite, salvo que la parte ejecutada incumpla con su obligación de condena<sup>59</sup>. Recuérdese que para la tramitación de los recursos interpuestos por entidades gestoras deberá presentarse acreditación del inicio del abono y pago puntual, durante la sustanciación del recurso, de la prestación por la entidad gestora, hasta el límite de su responsabilidad.

---

<sup>59</sup> STSJ Madrid 17 abril 2009, rec. 5576/2008.

Un segundo caso, es que la sentencia favorable al beneficiario fuere revocada. En estos casos, no estará obligado al reintegro de las cantidades percibidas durante el período de ejecución provisional y conservará el derecho a que se le abonen las prestaciones devengadas durante la tramitación del recurso y que no hubiere aún percibido en la fecha de firmeza de la sentencia.

La regulación de la ejecución provisional de prestaciones de Seguridad Social de pago periódico se ciñe a las que se devenguen después de la sentencia, pero no a las atrasadas, anteriores a la decisión judicial. En el caso de que existiera una condena judicial a la entidad gestora a abonar prestaciones por desempleo relativas a un período anterior ya vencido, no cabría instar la ejecución por la vía del art. 294 LRJS, sino como una ejecución de pago de cantidad mediante un pago único (art. 295 que se remite a la ejecución provisional de pago de cantidades prevista en los arts. 289 a 293 LRJS)<sup>60</sup>.

### *3.2.- La revisión de actos declarativos de derechos en perjuicio de los beneficiarios*

En el artículo 146 LRJS se regula una regla que impide a las entidades gestoras la revisión por sí mismas de los actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios. La especialidad deriva de que es la Administración la que interpone la demanda para obtener la declaración de indebido, de lo previamente reconocido. Esta prohibición de autotutela obliga al organismo gestor a instar la revisión ante el Juzgado de lo Social competente, mediante la oportuna demanda que se dirigirá contra el beneficiario del derecho reconocido y que prescribirá a los cuatro años. Empero, entre las excepciones que se prevén a esta regla se contiene una específica referencia a las revisiones de los actos en materia de protección por desempleo y cese por actividad. En efecto, además de la rectificación de errores materiales o de hecho y los aritméticos<sup>61</sup>, así como las revisiones motivadas por la constatación de omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario (consecuencia del principio de buena fe), que permite no sólo la modificación de la cuantía de la prestación, sino también la facultad de reintegro de lo indebidamente percibido, previsto en el art. 146.2, ap. a<sup>62</sup>, el apartado b, contiene

---

<sup>60</sup> En este sentido, STSJ Andalucía –Granada– 28 abril 2008, rec. 3243/2007.

<sup>61</sup> Un buen resumen de la doctrina en materia de este error, puede verse en la STS 13 octubre 1994, que señala que para que exista tal error, han de apreciarse las siguientes circunstancias: que sea independiente de cualquier opinión, valoración o interpretación; que se ciña a los supuestos en que el propio acto administrativo o de forma excepcional el expediente revele una equivocación manifiesta por sí misma; que afecte a los elementos accidentales del acto sin proyectarse sobre su contenido fundamental; y que conserve los efectos del acto, sin implicar una revocación del mismo o de forma que el acto subsista después de corregido el error.

<sup>62</sup> En relación con este apartado a) ha de tenerse en cuenta la doctrina jurisprudencial que ha admitido excepciones al principio de que los órganos de la Seguridad Social no pueden ir válidamente contra sus propios actos realizados con la finalidad de reconocer derechos “para evitar que su exigencia no se transforme en una excesiva rigidez perturbadora de la gestión de la Seguridad Social, las excepciones de error de hecho, error de cuenta, de informaciones obligadas omitidas por los interesados, así como los

específicas previsiones en la materia aquí analizada. Se exceptúan: “Las revisiones de los actos en materia de protección por desempleo, y por cese de actividad de los trabajadores autónomos, siempre que se efectúen dentro del plazo máximo de un año desde la resolución administrativa o del órgano gestor que no hubiere sido impugnada, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 147”.

Ello implica que la garantía del beneficiario de exigir que la revisión de actos declarativos por parte del SPEE, que exige una oportuna demanda judicial, se exceptúa parcialmente en materia de protección por desempleo. Esta excepción fue una novedad de la LRJS, pero en realidad asume parcialmente una tesis jurisprudencial que había establecido el Tribunal Supremo para las prestaciones por desempleo<sup>63</sup>. Ahora bien, es muy importante la acotación temporal. Del tenor legal se desprende que sólo cabe la revisión directa siempre que se efectúe dentro del plazo de un año de la resolución que hubiera sido impugnada. A partir de dicho plazo, se exigirá que la entidad gestora inste la demanda judicial para revocar sus actos declarativos de derechos por la vía del art. 146 LRJS. En este sentido, se ha interpretado en doctrina judicial de suplicación, que ha aplicado esta regla para revocar resoluciones directas de la Entidad gestora de declaración indebida de precepciones en materia de desempleo cuando se supere dicho plazo temporal. Es importante aclarar que el proceso de revisión ha de ser instado para revocar resoluciones ante la existencia de omisiones o inexactitudes en la concesión por parte de la Entidad Gestora, siempre excluyendo que no se trate de omisiones o inexactitudes propiciadas por el beneficiario, ni de hechos nuevos<sup>64</sup>, sino de los obrantes en el expediente de concesión de la protección<sup>65</sup>. Así, en la STSJ de la Comunidad Valenciana 27 mayo 2014, rec. 2822/2013, cuya doctrina se cita en otras sentencias de suplicación<sup>66</sup>, se resume las consecuencias del cambio normativo introducido en la LRJS: *“Por ello la remisión jurisprudencial al art. 227 de la LGSS pierde en parte interés pues la excepción*

---

supuestos en que la revisión está expresamente autorizada por la correspondiente norma legal” (STS 11 junio 1992).

<sup>63</sup> El Tribunal Supremo había establecido que en el ámbito de las prestaciones por desempleo (prestación contributiva y subsidio asistencial) no entra en juego la regla de prohibición de revisión sino el art. 227 TRLGSS-1994, de suerte que se consideraba que la Entidad gestora estaba exenta exento de acudir a la vía judicial para revisar o revocar sus actos declarativos de derecho (STS, Sala General, 29 abril 1996, y SSTS 19 junio 2000 y 21 enero 2004, rcud. 1692/03). En la primera se establece: “Esta regulación singular, como afirma la sentencia de esta Sala recién citada, encuentra su fundamento en las especiales condiciones y circunstancias que concurren en esta específica materia, como son la duración determinada y generalmente no dilatada en el tiempo de la protección que se otorga a los desempleados; la práctica imposibilidad de la entidad gestora de recuperar lo que haya pagado indebidamente en razón de las circunstancias económicas que en estos casos suelen concurrir y los altos niveles de fraude que se producen en esta concreta área de protección, todo lo cual aboca a considerar que la norma general del art. 145 L.P.L. sea inadecuada en esta materia de protección por desempleo, lo que justifica la previsión legal de otorgar facultades a la entidad gestora para la revisión de sus resoluciones en el ejercicio regular de su gestión en casos concretos”.

<sup>64</sup> Por ejemplo, no comunicar previamente al servicio público la salida al extranjero del perceptor de prestaciones por desempleo, lo cual sería un hecho nuevo que se produciría después de la correcta resolución inicial de concesión de la prestación (STSJ Cataluña 9 diciembre 2014, rec. 5756/2014).

<sup>65</sup> STSJ Castilla y León (Valladolid) 5 octubre 2015, rec. 1080/2015, que revoca la resolución administrativa por haber actuado más allá del plazo de un año desde la concesión de la modalidad de pago único en subvención de cuotas. O la STSJ Andalucía (Sevilla) 24 septiembre 2015, rec. 3220/2014, que admite la revocación de la entidad gestora por haber actuado antes del plazo de un año desde la resolución inicial.

<sup>66</sup> STSJ Madrid 6 julio 2015, rec. 312/2015 y STSJ Comunidad Valenciana 17 marzo 2015, rec. 1910/2014.

*ya se encuentra declarada en la norma procesal, por lo que el citado precepto de la LGSS debe interpretarse ahora como una atribución de legitimación para efectuar revisiones de prestaciones ya concedidas, aunque dentro del actual marco procesal, que sigue posibilitando la revisión de oficio como excepción a la norma general de demandar para revisar prestaciones de desempleo. Pero a dicha excepción que atribuye la facultad de revisar de oficio, una vez concedido el derecho, se le concede un plazo máximo de un año desde la resolución administrativa o del órgano gestor no impugnada, por lo que fuera de dicho plazo en que como máximo puede realizarse la revisión por la entidad gestora, la necesidad de acudir a la jurisdicción social resulta ineludible, pues deja de ser un acto de gestión para convertirse en un verdadero acto de revisión. Por tanto la ya vigente diferencia entre los actos de revisión (que son aquellos que se dirigen a controlar las prestaciones ya concedidas), y los de mera gestión (que son los que pretenden la acomodación de las prestaciones a los límites y supuestos legales de cada momento) queda claramente establecida. Los primeros tienen un plazo estricto para poder realizarse a los fines de evitar que errores materiales imposibiliten que, caso de desempleo o cese de actividad en autónomos hayan podido otorgarse de forma indebida; mientras los segundos, se trate de gestión ordinaria extintiva, suspensiva o modificativa, no se encuentran sometidos a los límites legales del precepto comentado (STS 21 -10-09, rec. 2318/2008)”.*

Una cuestión que ha generado cierta controversia es desde dónde comienza a computarse el plazo de un año, esto es, cuál es el acto administrativo o la resolución que determina el cómputo del plazo anual. A estos efectos, la doctrina judicial de suplicación suele atender a la fecha de resolución inicial comparándola con la resolución administrativa de la entidad gestora que revoca la prestación o subsidio de desempleo<sup>67</sup>. Una cuestión no resuelta es si el plazo se interrumpe por la resolución acordando el inicio de la revisión, lo que creo debe merecer una respuesta positiva.

Ha de tenerse en cuenta que no se establece ningún límite temporal a la posibilidad de revisar de oficio los actos declarativos de derecho en materia de desempleo cuando se constatan omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario, más allá de la prescripción general de cuatro años<sup>68</sup>. También ha de recordarse que la jurisprudencia ha sentado el criterio que entre los supuestos en que la entidad gestora puede actuar de oficio y revisar sus propias resoluciones se incluyen no sólo los del art. 146 LRJS, sino también aquellos otros en que la facultad revisora venga amparada en norma legal y cuando exista un hecho nuevo. En este último caso, cabría incluir la suspensión del subsidio por desempleo por percibir rentas superiores al límite legal<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> Por ejemplo, STSJ Madrid 15 junio 2015, rec. 238/2015.

<sup>68</sup> STSJ Cataluña 17 junio 2015, rec. 674/2015.

<sup>69</sup> STS 16 junio 1996.

### 3.3.- El procedimiento para declarar la responsabilidad del empresario por prestaciones por desempleo en caso de contratación temporal abusiva

El objeto de este procedimiento introducido en nuestro ordenamiento en el año 2002<sup>70</sup>, se relaciona con la lucha contra la excesiva temporalidad que se da en nuestro país y que desvirtúa el principio de que la contratación laboral será por tiempo indefinido, excepto en los supuestos en que concurra causa de temporalidad (art. 15 ET). Pero esta visión es insuficiente y simplista, al haber afirmado la jurisprudencia que la esencia del procedimiento se relaciona no tanto con las irregularidades en la contratación temporal del trabajador, sino con el perjuicio causado a la entidad gestora que habría abonado indebidamente prestaciones por desempleo<sup>71</sup>. La modalidad otorga legitimación activa a la Entidad Gestora en determinados supuestos de fraude en la contratación temporal a los exclusivos efectos de que sea declarado responsable del pago de las mismas el empresario y no la entidad gestora, sin que haya que devolverlas al trabajador. En concreto, cuando ésta constata que existe una reiterada contratación temporal que ha sido abusiva y, en consecuencia, que el empresario debe responsabilizarse del abono de las prestaciones de desempleo abonadas en los últimos cuatro años –excepto las del último contrato. Repárese en que la contratación temporal abusiva se centra en la consumada con un mismo trabajador mediante sucesivos contratos temporales, por ejemplo, mediante sucesivos contratos temporales por obra o servicio determinado que encubren una relación laboral indefinida; no abarcando otros supuestos como la realización de contratos temporales sucesivos sin causa con una rueda de trabajadores por un mismo empresario. Cuestión ésta que se *lege ferenda* cabría proponer en una eventual modificación del precepto, para posibilitar una mayor eficacia práctica del proceso en la lucha contra una excesiva temporalidad y un gasto indebido en prestaciones por desempleo.

Se pretende la declaración de indebida de la prestación y que se condene al empresario a la devolución al Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) de las prestaciones junto con las cotizaciones correspondientes (art. 147 LRJS), es decir las que el SPEE abonó a la Seguridad, mandato del art. 273 TRLGSS-2015, durante el tiempo en que el trabajador percibió la prestación de desempleo. En palabras del Tribunal Supremo, “se trata por tanto de una acción de <reintegro de prestaciones indebidas> de las previstas en el art. 45 LGSS<sup>72</sup>, que no se desnaturaliza por el hecho de que la demanda se dirija

---

<sup>70</sup> El art. 6 de la ley 45/2002 de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad introdujo el art. 145.bis, en la entonces vigente, Ley de Procedimiento Laboral.

<sup>71</sup> Así, se habría señalado que la realización de sucesivos contratos temporales por obra o servicio determinado para cubrir una contrata de un comedor escolar celebrada en sucesivos cursos escolares, no permitiría la condena empresarial mediante esta modalidad procesal, al no existir perjuicio de la entidad gestora, ya que aunque la modalidad contractual correcta fuera la de fijo discontinuo, la entidad gestora igualmente debería haber abonado las prestaciones por desempleo (por todas, STS 10 octubre 2007, rcud. 3782/2006). En la misma se señala: “es claro que la decisión empresarial al optar por el contrato para obra o servicio determinado, y al margen de que hubiera sido o no errónea o deliberada, no ha generado ningún derecho a desempleo nuevo o distinto del que hubiera correspondido de haberse suscrito el adecuado contrato a tiempo parcial; y por consiguiente a la trabajadora no ha existido un lucro indebido de prestaciones imputable a la actuación de la empresa, ni por ende, un perjuicio real para la Entidad Gestora”.

<sup>72</sup> Cfr. art. 55 TRLGSS-2015.

frente a persona distinta del propio beneficiario, y con reclamación de una responsabilidad directa, y no subsidiaria como prevé el nº 2 de dicho precepto”<sup>73</sup>.

El precepto está incardinado en la modalidad procesal de "Seguridad Social"<sup>74</sup>. Y ello tiene diversas consecuencias procesales, entre ellas que el fuero aplicable a las demandas del SPEE es el propio de los procedimientos de Seguridad Social<sup>75</sup>. Así, el órgano judicial competente en instancia será siempre competente el juzgado de lo social, y en cuanto a la competencia territorial, será juzgado competente aquél en cuya circunscripción se haya producido la resolución, expresa o presunta, impugnada en el proceso, o el del domicilio del demandante, a elección de éste (art. 2.o) y art. 10.2.a) LRJS).

La comunicación-demanda se dirigirá de oficio por el SPEE a la autoridad judicial, acompañando a la misma copia del expediente en que se funda.

El plazo de interposición de la demanda es de hasta 6 meses siguientes a la fecha en que se hubiera formulado la última solicitud de prestaciones por desempleo en tiempo y forma. De acuerdo con las reglas generales en materia de cómputo de plazos, el plazo se contará de fecha a fecha, al estar expresado en meses. Admitida a trámite la demanda, el empresario y el trabajador que hubieran celebrado los reiterados contratos temporales tendrán la consideración de parte. El trabajador llamado a juicio tendrá la consideración de parte activa o pasiva según la posición que adopte. En cualquier caso, ni el empresario ni el trabajador podrán solicitar la suspensión del proceso; ni el trabajador puede desistir. Y, si no comparecen, el procedimiento se seguirá de oficio.

En cuanto a la reiteración de contratos temporales que es el desencadenante de la acción entablada por la Entidad Gestora, no se ha previsto normativamente el número de contrato temporales, aunque la doctrina ha señalado que debe tratarse de una cadena contractual efectuada a lo largo del período de tiempo en el que opera el control por parte del instituto gestor (cuatro años)<sup>76</sup>. La doctrina también ha criticado una cierta indefinición de la norma en cuanto a ceñir la celebración de contratos del trabajador «con una misma empresa», sin explicitar lo que ocurriría en los casos de grupos de empresas<sup>77</sup>, lo que a mi juicio, no es óbice para que pueda extenderse la valoración de los mismos, si el grupo ha actuado recurriendo a las ruedas de contratos temporales fraudulentas con contrataciones temporales de un mismo trabajador entre diferentes empresas del grupo.

Las afirmaciones de hecho que se contengan en la comunicación base del proceso harán fe, salvo prueba en contrario, incumbiendo la carga de la prueba al empresario demandado. Esta previsión importada de los procedimientos de oficio ha sido criticada por alguna doctrina, al considerar que carecería de sentido en este tipo de procesos, donde no habría intervenido la Inspección de Trabajo y Seguridad Social<sup>78</sup>.

El órgano judicial considerará o no fraudulenta la reiterada contratación temporal efectuada, condenando en el primer caso al empresario a la devolución de las

---

<sup>73</sup> STS 28 enero 2009, rcud. 593/2008, FJ.3º.

<sup>74</sup> Originariamente ya fue introducido dentro de esta modalidad procesal en el antiguo art. 145 bis de la LPL por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre.

<sup>75</sup> En este sentido, STS 28 enero 2009, rcud. 593/2008.

<sup>76</sup> En este sentido, Chocrón, 2003.

<sup>77</sup> Gorelli, 2002.

<sup>78</sup> López, 2013: 1089-1090.

prestaciones, junto con las cotizaciones correspondientes. En el segundo caso, procederá la desestimación de la demanda. La sentencia estimatoria será inmediatamente ejecutiva, sin esperar a su firmeza. Cuando la sentencia estimatoria sea firme, se comunicará a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

#### **4.- La impugnación de actos del SPEE en materia de protección por desempleo de carácter no prestacional**

La impugnación de actos de las Administraciones públicas en materia de Seguridad Social que no sean de los excluidos de la competencia del orden social por el art. 3.f) LRJS, singularmente los de liquidación de cuotas, y que no versen sobre prestaciones de seguridad social no se impugnan por la modalidad procesal de seguridad social. Estos actos administrativos no prestacionales se tramitarán a través de otra modalidad procesal distinta, que es la regulada en los arts. 151 y 152 LRJS, establecida para la impugnación de las resoluciones recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia de Seguridad Social. Como se ha expuesto anteriormente, en materia de desempleo, ello se relaciona con dos temas esencialmente: determinas ayudas a desempleados como las reconocidas en el plan PREPARA, y, en segundo lugar, las sanciones impuestas a los empresarios.

Respecto a esto último, la actividad administrativa de inspección de trabajo puede conducir a que este organismo inste la suspensión o el cese en la percepción de prestaciones sociales, cuando se constate la obtención o disfrute irregular de las mismas. Específicamente en el caso de prestaciones o subsidios por desempleo, la obtención o disfrute irregular se tífica como infracción muy grave tanto para los empresarios (art. 23 LISOS) como para los trabajadores, beneficiarios y solicitantes (art. 24 LISOS). Existen otras sanciones aplicables a los empresarios en esta materia: El art. 17 TRLISOS contiene diversas infracciones de los trabajadores en materia de empleo. El art. 22.13 prevé una infracción grave por no comunicar previamente a la entidad gestora de la prestación por desempleo las medidas de despido colectivo, suspensión colectiva o reducción de jornada o las variaciones en el calendario previsto. También en el art. 23.1.j) se prevé una sanción por dar ocupación a trabajadores afectados por la suspensión de contratos o reducción de jornada, en el período de aplicación de las medidas de suspensión de contratos o en el horario de reducción de jornada comunicado a la autoridad laboral o a la entidad gestora.

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social puede iniciar los procedimientos conducentes a la imposición de determinadas sanciones previstas en los arts. 40, 46<sup>79</sup> y 47 TRLISOS<sup>80</sup>, que en el caso de que se declare la responsabilidad administrativa del empresario suele conducir a la imposición de una multa, y a la sanción accesoria de

---

<sup>79</sup> El art. 46 tipifica como sanciones accesorias a determinadas infracciones en materia de empleo y desempleo, la pérdida o la imposibilidad de acceso a ayudas, subvenciones, bonificaciones y beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo o formación profesional para el empleo.

<sup>80</sup> El art. 47 establece las sanciones. De forma esquemática, puede señalarse que: las leves y las graves conllevan en general, la pérdida de la prestación según una escala establecida en función del número de infracciones, y las muy graves, la extinción.

pérdida de ayudas, bonificaciones y beneficios derivados de los programas de empleo, así como la responsabilidad subsidiaria de la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por el trabajador en materia de protección por desempleo<sup>81</sup>. Para el trabajador o beneficiario, la comunicación del incumplimiento por parte de la inspección al organismo gestor permite suspender cautelarmente la prestación hasta que la resolución sancionadora sea definitiva en los términos del art. 47.4 LISOS.

De la tramitación administrativa, es importante destacar que el empresario autor de la infracción puede presentar alegaciones o pliego de descargos, acompañado de la prueba que considere pertinente, en el plazo de los quince días hábiles contados desde el día siguiente de su notificación (art. 52.1.b) TRLISOS y 17 RISOS). El órgano instructor podrá solicitar informe ampliatorio del inspector o subinspector que practicó el acta, el cual debe emitirlo en el plazo de 15 días (art. 18.3 RISOS). Tras la propuesta de resolución y previa audiencia de los interesados, se dictará la correspondiente resolución por el órgano competente. Contra la resolución del órgano competente se puede realizar una reclamación administrativa previa (en el caso de los trabajadores) en el plazo de treinta días o un recurso de alzada en el plazo de un mes<sup>82</sup> (en el caso de los empresarios), que se podrá contestar expresamente o por silencio (en el caso de la RAP sería de 45 días por el art. 71 LRJS y en el del recurso de alzada, sería como máximo de tres meses *ex* art. 122 Ley 39/2015) y se abre la vía para impugnar ante la jurisdicción social: a) Por la vía de los arts. 140 y siguientes de la LRJS para los trabajadores y; b) Por la vía de los arts. 151 y 152 para los empresarios.

En el caso de las sanciones administrativas impuestas a los empresarios en materia de desempleo, ello ha de suscitar algún replanteamiento interpretativo por cuanto, anteriormente, la competencia en la materia residía en los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo. La regulación del cauce procesal para cuestiones tales como el cese pactado entre el empresario y el trabajador o la simulación de una contratación laboral y su extinción, para que éste obtenga indebidamente prestaciones por desempleo, se contiene en los arts. 151 y 152 LRJS. Empero, existen pautas específicas en cuanto a la normativa supletoria, y es que, en lo no previsto por la regulación propia, se regirá por los principios y reglas del proceso ordinario laboral. Y, por último, serán de aplicación las normas reguladoras de la jurisdicción contencioso-administrativa, como peculiaridad de esta modalidad procesal, frente a la general aplicación de la LEC como norma supletoria.

En esta modalidad procesal, se establecen reglas complejas para determinar la competencia funcional y territorial en instancia, pues el conocimiento del procedimiento puede recaer en cuatro órganos distintos: Juzgado de lo Social, Sala Social del Tribunal

---

<sup>81</sup> A este respecto, cabe tener en cuenta lo establecido en el art. 55.2 TRLGSS-2015: “Quienes por acción u omisión hayan contribuido a hacer posible la percepción indebida de una prestación responderán subsidiariamente con los perceptores, salvo buena fe probada, de la obligación de reintegrar que se establece en el apartado anterior”.

<sup>82</sup> Este plazo se ha mantenido en el art. 112 Ley 39/2015.

Superior de Justicia<sup>83</sup>, Sala Social de la Audiencia Nacional<sup>84</sup> y Sala Social del Tribunal Supremo<sup>85</sup>. En todo caso, a los efectos de la impugnación de decisiones del Servicio público de empleo o del Instituto Social de la Marina o de los jefes de las inspecciones provinciales de Trabajo y Seguridad Social<sup>86</sup> en materia de sanciones por protección por desempleo, el órgano judicial competente sería el Juzgado de lo Social. Y es que conforme al art. 6.2 LRJS, corresponderá la competencia a éstos cuando, entre otros<sup>87</sup>, los actos hayan sido dictados por los órganos de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella siempre que su nivel orgánico sea inferior al de Ministro o Secretario de Estado y cualquier otro organismo o entidad de derecho público que pudiera ostentar alguna de las competencias administrativas a las que se refieren las mencionadas letras del artículo 2 de esta Ley (art. 6.2 LRJS).

La competencia territorial de los Juzgados de lo Social se rige por las siguientes reglas:

- a) Con carácter general, será competente el juzgado en cuya circunscripción tenga su sede el órgano que hubiera dictado el acto originario impugnado.
- b) En la impugnación de actos que tengan un destinatario individual, a elección del demandante, podrá interponerse la demanda ante el juzgado del domicilio de éste, si bien, cuando el recurso tenga por objeto actos de las Administraciones de las Comunidades Autónomas o de las entidades de la Administración Local, la elección se entenderá condicionada a que el juzgado

---

<sup>83</sup> Corresponde la competencia en instancia a dichas salas cuando los actos hayan sido dictados por:

- a) El Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma.
- b) Por órganos de la Administración General del Estado con nivel orgánico de Ministro o Secretario de Estado, siempre que, en este último caso, el acto haya confirmado, en vía de recurso o en procedimiento de fiscalización o tutela, los que hayan sido dictados por órganos o entes distintos con competencia en todo el territorio nacional (art. 7.b) LRJS).

<sup>84</sup> Cuando los actos hayan sido dictados por los órganos de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella cuyo nivel orgánico sea de Ministro o Secretario de Estado bien con carácter originario o bien cuando rectifiquen por vía de recurso o en procedimiento de fiscalización o tutela de los dictados por órganos o entes distintos con competencia en todo el territorio nacional corresponderá la competencia en instancia a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (art. 8.2 LRJS).

<sup>85</sup> Será competente en instancia cuando los actos que se impugnen hayan sido dictados por el Consejo de Ministros (art. 9 LRJS). En este caso, el art. 205.2 LRJS establece un procedimiento especial para estos supuestos donde el Tribunal Supremo conoce en instancia de los procesos de impugnación de actos administrativos, que rompe con principios clásicos del proceso laboral como la oralidad.

<sup>86</sup> Conforme a lo dispuesto en la DT 2ª del RD 772/2011, de 3 de junio, por el que se modifica el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones del orden social y para los expedientes liquidadores de cuotas de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto 928/1998, las competencias atribuidas a las Direcciones provinciales del servicio público de empleo estatal respecto a las infracciones reguladas en el orden social relativas a las prestaciones por desempleo serán de aplicación una vez que el SPEE (art. 4) disponga de los recursos necesarios para ello y así se establezca por orden ministerial del Ministerio de Trabajo e Inmigración. Hasta entonces la competencia para sancionar las infracciones mencionadas corresponderá a los Jefes de las Inspecciones Provinciales de Trabajo y Seguridad Social de la Administración General del Estado.

<sup>87</sup> También será competencia de los Juzgados de lo Social cuando los actos administrativos impugnados hayan sido dictados por las Administraciones de las Comunidades Autónomas, salvo los que procedan del respectivo Consejo de Gobierno y las Administraciones de las entidades locales.

del domicilio esté comprendido dentro de la circunscripción de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia en que tenga su sede el órgano que hubiere dictado el acto originario impugnado. Si el acto afectase a una pluralidad de destinatarios se aplicará la regla general (art. 10.4 LRJS).

Tendrán legitimación activa los destinatarios del acto o resolución impugnada y quienes ostenten derechos o intereses legítimos en su revocación o anulación. La legitimación pasiva corresponde a la Administración o Entidad pública autora del acto. También comparecerán como parte y serán emplazados al efecto, los empresarios y trabajadores afectados o causahabientes de ambos, a los terceros a quienes pudieran alcanzar las responsabilidades derivadas de los hechos considerados por el acto objeto de impugnación.

Además, el art. 151.6 LRJS añade que los sindicatos y asociaciones empresariales más representativos, así como aquellos con implantación en el ámbito de efectos del litigio, y el empresario y la representación unitaria de los trabajadores en el ámbito de la empresa, podrán personarse y ser tenidos como parte en los procesos en los que tengan interés en defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios o en su función de velar por el cumplimiento de las normas vigentes, sin que tal intervención haga detener o retroceder el curso de las actuaciones.

Se prevén en el art. 152 LRJS determinadas medidas cautelares, sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas cautelares contenidas en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (art. 79.1 LRJS).

De entrada, los interesados podrán solicitar, en cualquier estado del proceso, la suspensión del acto o resolución administrativos recurridos, y en general, cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia, cuando la ejecución del acto impugnado pudiera hacer perder su finalidad legítima a la demanda. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de terceros, que el juez o tribunal ponderará en forma circunstanciada.

Las medidas cautelares puede formularse junto con la demanda o con posterioridad a su presentación y admisión. La norma exige que sean oídas las partes por tres días. El objeto de la audiencia debe limitarse, de manera exclusiva, a la pertinencia o no de la medida cautelar solicitada y a su aseguramiento, sin que las partes puedan realizar otro tipo de alegaciones sobre el fondo del asunto. El juez o tribunal dictará seguidamente auto resolviendo sobre la suspensión.

Excepcionalmente, si concurren razones de especial urgencia, se podrá anticipar la medida, sin audiencia previa de las partes, sin perjuicio de la audiencia posterior, tras la que podrá confirmarse o revocarse la medida anticipada.

Para interponer la demanda resulta imprescindible acreditar haber agotado la vía administrativa previa en la forma que sea exigible en cada caso, según la normativa reguladora del acto. Ello implica que en los casos de actos administrativos que exigen que la resolución recurrible ponga fin a la vía administrativa (los que resuelven impugnación de sanciones) se ha de formular previamente recurso de alzada frente a la resolución inicial. Frente a la desestimación expresa o presunta del recurso de alzada podrá plantearse ya la demanda laboral. Cuando se haya interpuesto recurso y no se haya dictado

resolución en el plazo de tres meses, el silencio tendrá carácter negativo (art. 42.3 Ley 30/1992 y art. 122.2 Ley 39/2015). Resuelta expresamente o por silencio la vía administrativa, se abre la vía jurisdiccional.

La demanda deberá presentarse en el plazo de dos meses a contar, bien desde la notificación de resolución a la reclamación previa o al recurso de alzada, o bien desde que haya transcurrido un mes sin notificar la resolución a la reclamación previa o hayan transcurrido tres meses sin notificar la resolución al recurso de alzada. En la demanda como especialidad de este procedimiento, habrá de identificarse con precisión el acto o resolución objeto de impugnación, así como la entidad de derecho público o Administración contra cuya actividad se dirige. También debe constar la indicación de personas o entidades, cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante (art. 151.3 LRJS).

El actor podrá acumular en su demanda las pretensiones que se deduzcan en relación a un mismo acto o resolución administrativa (art. 25.6 LRJS). En cuanto a la acumulación de procesos o autos, el art. 25.7 LRJS establece que cuando el acto administrativo impugnado afecte a una pluralidad de destinatarios, de existir más de un juzgado o sección de la misma Sala y Tribunal, las demandas o recursos ulteriores relativas a dicho acto se repartirán al juzgado o sección que estuviere conociendo o hubiere conocido del primero de dichos procesos, siempre que conste dicha circunstancia o se ponga de manifiesto en la demanda. Ello puede acaecer en los supuestos en que se diluciden pleitos contra una misma empresa por fraude de ley en la percepción de prestaciones por desempleo por alta indebida, o por fingir despidos para posibilitar un acceso a las prestaciones. En los casos donde sea posible la acumulación, se impone a la Administración autora del acto impugnado la obligación de comunicar al Juzgado o tribunal, tan pronto le conste, si tiene conocimiento de la existencia de otras demandas o recursos. Esta regla de acumulación se ha reforzado en el art. 32.3 LRJS, que establece que las demandas de impugnación de un acto administrativo que afecte a una pluralidad de destinatarios se acumularán con las que se presenten con posterioridad contra dicho acto, aunque inicialmente hubiere correspondido su conocimiento a otro juzgado o tribunal.

Una de las especialidades de esta modalidad procesal es la exigencia de contar con el expediente administrativo (art. 151.8 que se remite a los arts. 143-145 LRJS). La remisión del expediente administrativo cumple la doble finalidad de determinar la congruencia o incongruencia entre el mismo y las actuaciones a desarrollar en el proceso, y de servir como elemento de prueba importante. Ninguna de las partes podrá aducir en el proceso “hechos distintos de los alegados en el expediente administrativo” (salvo hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad) (art. 143.4) pero el expediente no goza de privilegio alguno a la hora de la prueba de la certeza de los hechos sobre otras pruebas.

Al admitir a trámite la demanda, el secretario judicial reclamará de oficio a la administración autora del acto o resolución impugnada la remisión del expediente original o copia del mismo en soporte escrito o preferiblemente informático y, en su caso, informe de los antecedentes que posea en relación con el contenido de la demanda cuando no exista expediente administrativo. El expediente ha de ser presentado en el plazo de 10

días desde que se notifique el requerimiento (arts. 143.1 LRJS). En el requerimiento igualmente al correspondiente organismo, éste deberá poner de oficio en conocimiento del juzgado o tribunal, informe de si tiene conocimiento de la existencia de otras demandas en las que se deduzcan pretensiones en relación con el mismo acto o actuación, a los efectos de posibilitar la acumulación de oficio o a instancia de parte.

En cuanto a la personación de otras personas que ostenten un interés legítimo, el órgano judicial viene obligado a la vista del expediente administrativo instruido en relación con la pretensión planteada por la entidad gestora o colaboradora competente, a citar a aquellas personas para que puedan comparecer en el acto de juicio y ser tenidas por parte en el proceso y formular sus pretensiones, procurando que tal emplazamiento se entienda con los interesados con al menos cinco días hábiles de antelación al señalamiento a juicio y sin necesidad de que, en este caso, se cumplan los plazos generales previstos para la citación de las partes demandadas en el artículo 82.

Ante la falta de remisión del expediente, supuesto en el que la ley impone al órgano judicial la obligación de notificar al Director de la Entidad Gestora o del Servicio Común, a los efectos de la posible exigencia de responsabilidad disciplinaria al funcionario (art. 145 LRJS).

Cumplido el plazo de remisión del expediente sin que se hubiera recibido el mismo, el secretario judicial reiterará por la vía urgente su inmediata aportación. Si llegado el día señalado para el juicio, no se ha aportado el expediente, el juicio se celebrará igualmente. Únicamente, la falta de remisión del expediente puede originar la suspensión del juicio en dos casos (art. 144 LRJS):

c) Si la entidad justifica suficientemente la omisión de la remisión del expediente;

d) Si al demandante *“le conviniere la aportación del expediente a sus propios fines”*.

Si reiterada la orden de remisión del expediente se vuelve a omitir, el juez puede tener por probados hechos alegados por el demandante de imposible prueba o de difícil demostración por medios distintos del expediente mismo.

En materia de prueba, el art. 151.8 LRJS reitera lo establecido en otras normas en punto a la presunción de certeza en cuanto a los hechos constatados por los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social o por los Subinspectores de Empleo y Seguridad Social actuantes que se formalicen en las actas de infracción observando los requisitos legales pertinentes, que tendrán presunción de certeza, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos e intereses puedan aportar los interesados. El mismo valor probatorio tendrán los hechos constatados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes. El contenido de las actas de inspección viene determinado legalmente (art. 14 RISOS) siendo especialmente importante la descripción de los hechos, de las circunstancias del caso y de los datos. No extendiéndose la presunción de certeza a los simples juicios de valor u opiniones personales (STC 164/1994) ni a los hechos que no han sido susceptibles de percepción directa del inspector, ni a las calificaciones jurídicas.

No es baladí destacar que las actas extendidas por los inspectores tienen naturaleza de documento público (art. 317 LEC) y gozan de presunción de veracidad en cuanto a los hechos consignados en las mismas, siempre que se hayan realizado conforme a las

formalidades legalmente establecidas y ello sobre la base de la imparcialidad y especialización que, en principio, debe reconocerse al inspector actuante. Pese a esta presunción de veracidad, el órgano que debe adoptar la decisión definitiva no está vinculado estrictamente por su contenido, pues se tratan de pruebas de cargo, que dejan abierta la posibilidad de práctica y valoración de pruebas en sentido contrario. Además la presunción de veracidad es una presunción *iuris tantum*, al admitir prueba en contrario que acredite su inexactitud que corre a cargo del administrado. En este sentido, el art. 77.5 LAPC establece que: “Los documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y en los que, observándose los requisitos legales correspondientes se recojan los hechos constatados por aquéllos, harán prueba de éstos salvo que se acredite lo contrario”. Conforme a una inveterada doctrina jurisprudencial este valor probatorio se justifica sobre la base de la teoría general de presunción de legalidad del acto administrativo.

Por ello, si el administrado no presenta prueba alguna frente al acta de la inspección que, por ejemplo, establece que el empresario colaboró con el trabajador para simular una contratación laboral y permitirle el acceso a una prestación por desempleo, se confirmará la sanción impuesta<sup>88</sup>. Empero, no siempre es sencilla la determinación de la existencia de un fraude de ley a la hora de posibilitar el cobro de prestaciones. Uno de los casos frecuentes en la práctica es la diferenciación entre despidos reales y extinciones de mutuo acuerdo enmascaradas como despidos, a los efectos de conseguir una salida no conflictiva de la empresa, y posibilitar el acceso del trabajador a la protección por desempleo, que en principio no sería posible, pues recuérdese que sólo están en situación de desempleo los que queriendo y pudiendo trabajar pierden su empleo.

Ciertamente, el ordenamiento prohíbe el acuerdo o connivencia entre el trabajador y el empresario para la obtención de la prestación conforme al art. 23.1.c) TRLISOS que sanciona como infracción muy grave para el empresario “el falseamiento de documentos para que los trabajadores obtengan o disfruten fraudulentamente de prestaciones, así como la connivencia con sus trabajadores o con los demás beneficiarios para la obtención de prestaciones indebidas o superiores a las que procedan en cada caso o para eludir el cumplimiento de las obligaciones que a cualquiera de ellos corresponda en materia de prestaciones”. Además, el legislador ha tratado de luchar contra la práctica de las extinciones por mutuo acuerdo encubiertas con un despido fingido. Respecto a ello, se modificó la redacción del art. 229 TRLGSS-1994 en relación con la percepción de la indemnización de despido y la involuntariedad de la extinción. En el caso de que no se hubiera percibido indemnización, ni se hubiera interpuesto demanda judicial o si la extinción de la relación laboral no llevase aparejada la obligación de abonar una indemnización (por ejemplo, por despido disciplinario), se reclamará la actuación de la Inspección a los efectos de comprobar la involuntariedad del cese en la relación laboral y se “podrá suspender el abono de las prestaciones por desempleo, cuando se aprecien indicios suficientes de fraude”.

---

<sup>88</sup> STSJ Castilla-La Mancha 15 diciembre 2014, rcud. 113/2013.

De los repertorios judiciales se deduce que como la prueba de esta situación es muy compleja, se suele recurrir a la valoración de indicios, que como dice alguna sentencia, es una prueba lícita en materia sancionadora, pero donde debe exigirse rigurosidad en los hechos y en las deducciones que constituyen la base de la conducta sancionadora. Como no podía ser de otra forma, se trata de un tema casuístico<sup>89</sup>. En todo caso, ha de recordarse que la jurisprudencia ha establecido que no puede exigirse al trabajador que impugne siempre su cese<sup>90</sup>, pues por ejemplo, carece de sentido obligarle cuando considere que su cese es ajustado a derecho.

En cuanto a las especialidades de la demanda, el art. 151.9 LRJS regula diferentes posibilidades:

- a) Se desestimaré la demanda cuando el acto impugnado se ajuste a derecho.
- b) Se declarará la inadmisibilidad de la demanda por la concurrencia de cualquiera de estas circunstancias:
  - carencia de jurisdicción,
  - por no ser susceptible de impugnación el acto recurrido,
  - haberse formulado la impugnación fuera del plazo establecido,
  - cuando se aprecie la falta de cualquier otro presupuesto procesal y cuando se impugnen actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma.
- c) Estimaré la demanda si se aprecia infracción del ordenamiento jurídico, incluida la desviación de poder por haberse utilizado las potestades administrativas para fines distintos de los legalmente previstos. En este caso, la sentencia declarará no conforme a derecho el acto impugnado y lo anulará total o parcialmente y, cuando así proceda, ordenará el cese o la modificación de la actuación impugnada o impondrá el reconocimiento de una determinada situación jurídica individualizada.
- d) En caso de declaración de nulidad del acto o resolución por omisión de requisitos de forma subsanables de carácter esencial que hayan ocasionado indefensión, podrá disponerse la nulidad del procedimiento seguido, a los solos efectos de retrotraerlo al momento de producción. La declaración de la caducidad del expediente, no impedirá la nueva iniciación de la actuación administrativa si por su naturaleza no estuviera sujeta a un plazo extintivo de cualquier clase, sin que el procedimiento caducado tenga eficacia interruptora de dicho plazo.

Respecto a la caducidad del expediente, por el transcurso de tres meses, el Tribunal Supremo ha variado su doctrina en la STS de 28 de noviembre de 2015, rcud 434/2015, estimando aplicable dicho plazo de caducidad: “un expediente administrativo, como el ahora enjuiciado (propuesta de revocación de prestaciones por desempleo), con contenido susceptible de producir efectos desfavorables o de gravamen al interesado que hubiere sido iniciado de oficio por la Entidad Gestora (en el presente caso, por el SPEE) de producirse su caducidad por el transcurso del plazo (en este caso, de tres meses) legalmente establecido para su conclusión desde que fue iniciado, la Administración debe

---

<sup>89</sup> Por ejemplo, no se estima el fraude en la SAN, Sala C-A, 22 enero 2014, rec. ap. 120/2013.

<sup>90</sup> SSTS 8 noviembre 2000, rcud. 970/2000 y 6 marzo 2001, rcud. 1702/2000.

decretar su archivo y no dictar extemporáneamente resolución de fondo, la que devendría nula aunque ello " no impedirá la nueva iniciación de la actuación administrativa si por su naturaleza no estuviera sujeta a un plazo extintivo de cualquier clase, sin que el procedimiento caducado tenga eficacia interruptiva de dicho plazo " , por lo que no equivale a una nueva iniciación de la actuación administrativa el mero hecho de que se dicte por la Administración pública una resolución sobre la cuestión de fondo en el procedimiento ya caducado, debiendo, en su caso, incoarse efectivamente de nuevo otro expediente de no haber ya transcurrido el plazo extintivo de la correspondiente acción.”

Se contienen algunas reglas específicas en materia de recursos. De entrada, el art. 191.3.g) LRJS establece que son recurribles en suplicación las sentencias dictadas en procesos de impugnación de actos administrativos en materia laboral cuando no sean susceptibles de valoración económica o cuando la cuantía litigiosa exceda de 18.000 euros. A los efectos de esta valoración económica se tendrá en cuenta por ejemplo, el importe de la sanción económica a la empresa, no se valorará obviamente por ser de imposible determinación la exclusión de ayudas o beneficios, y la eventual responsabilidad solidaria del empresario en la devolución de las prestaciones o subsidios de desempleo indebidamente percibidos por el trabajador<sup>91</sup>.

El art. 151.10 LRJS establece un proceso de revisión de actos declarativos de derecho por los que la Administración autora de un acto administrativo declarativo de derechos cuyo conocimiento corresponda al orden jurisdiccional social está legitimada para impugnarlo ante este mismo orden, previa su declaración de lesividad para el interés, en los términos legalmente establecidos y en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la fecha de declaración de lesividad. La declaración de lesividad debe efectuarse en los términos del art. 103 LRJAP, esto es, debe hacerse dentro de los cuatro años siguientes a que se dictase el acto administrativo y con audiencia de todos los interesados en el acto. Pero esta regulación no se aplica a la revisión de actos declarativos de derechos por entidades gestoras o servicios comunes de la Seguridad Social, que se regirá por lo dispuesto en los arts. 146 y 147 LRJS.

## **5.- Procedimientos de oficio**

En estos procesos, es la autoridad laboral la que se dirige de oficio al órgano judicial, actuando en defensa de intereses de los trabajadores y del propio organismo público gestor de las prestaciones por desempleo. El artículo 148 recoge otros supuestos en los que puede iniciarse la demanda de oficio en cuatro apartados, letras a), b), c) y d). Dejando aparte los supuestos de las letras a), y c) que ninguna relación guardan con la impugnación de la prestación de desempleo, procede examinar la letra d) y b) que es la que se ajusta a la cuestión ahora examinada. El apartado d) regula el procedimiento de oficio con fines de calificación de relación laboral, lo que puede repercutir en el derecho a la protección por desempleo. El apartado b) del artículo 148 recoge el procedimiento de

---

<sup>91</sup> STSJ País Vasco 22 septiembre 2015, rec. 1333/2015.

oficio para declarar la nulidad de lo acordado en período de consultas, que también puede repercutir indirectamente en la protección por desempleo.

### *5.1.- Procedimiento de oficio con finalidad calificadora*

#### 5.1.1.- Objeto del proceso

En ocasiones, la actividad sancionadora en materia laboral de la Administración tiene como presupuesto la calificación de unos hechos (por ejemplo, la determinación de la naturaleza laboral de una relación a los efectos de imponer una sanción al empresario por falta de afiliación y alta de un trabajador y exigirle el pago de la prestación por desempleo). A estos efectos, el proceso se inicia mediante una comunicación de la autoridad laboral, antes de adoptar una resolución definitiva en el procedimiento sancionador cuando el sujeto responsable impugne las actas levantadas por la Inspección de Trabajo de infracción o liquidación con base en alegaciones y pruebas que puedan desvirtuar la naturaleza laboral de la relación jurídica objeto de la actuación inspectora, a los efectos de determinar la verdadera naturaleza de la relación. En materia de sanciones por desempleo, ello puede ocurrir frecuentemente cuando se cuestiona la existencia de una relación laboral, por ejemplo, incompatible con la prestación o subsidio por desempleo.

#### 5.1.2.- Especialidades de la demanda y de la prueba

Como demanda de oficio sirve la comunicación escrita de la autoridad laboral dirigida al juzgado. Comunicación que deberá consignar los requisitos generales exigidos por la LRJS para las demandas de los procesos ordinarios. Y a la cual la autoridad laboral acompañará copia del expediente administrativo (art. 148 LRJS). Y al basarse la pretensión en los datos que figuren en el expediente será de aplicación lo dispuesto en el art. 150.2.d): “las afirmaciones de hechos que se contengan en la resolución o comunicación base del proceso harán fe salvo prueba en contrario incumbiendo toda la carga de la prueba a la parte demandada”.

En relación con el tema de la presunción de certeza, la doctrina de los Tribunales es la siguiente:

- Gozan de presunción de certeza las actas de infracción levantadas por el inspector o subinspector actuante.
- Sobre los hechos y circunstancias, que por su objetividad sean susceptibles de percepción directa por el inspector o aquellos que sean inmediatamente deducibles de aquellos o que se acrediten por medios de prueba consignados en la propia acta, como pueden ser documentos o declaraciones incorporadas a la misma, sin que se reconozca presunción de certeza a las simples apreciaciones globales, juicios de valor o calificaciones jurídicas del inspector.

- Por tanto, para que opere la presunción de veracidad o certeza del contenido de las actas elaboradas, se requiere que en las mismas se precisen de manera minuciosa u detallada las circunstancias apreciadas por el funcionario actuante, describiéndose, bien los hechos percibidos directamente por éste, bien la documental o testimonios recogidos, en evitación de que las conclusiones del actuante se fundamenten sobre simples o meras conjeturas o presunciones en lugar de hechos objetivos y constatados.

Otra de las cuestiones que puede plantearse al hilo de las actuaciones de la inspección es el tema de la inviolabilidad del domicilio y si resulta necesario en todos los casos que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social inste la autorización judicial prevista en una particular ubicación en el art. 76.5 LRJS- cuando en el ejercicio de sus funciones deba entrar en un centro de trabajo coincidente con el domicilio de la persona afectada<sup>92</sup>. Dicho precepto establece que la inspección podrá solicitar la autorización judicial, ahora en el orden social, si el titular se opusiese o existiese riesgo de tal oposición. Este precepto se relaciona con el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio reconocido en el art. 18.2 CE, y su posible excepción por la actuación de control y facultades de entrada de la Inspección. Parece claro que en las actuaciones de la inspección llevadas a cabo sin autorización judicial cuando ésta sea preceptiva, la prueba será ilícita, debiéndose decretar la anulación de las actuaciones inspectoras. Pero debe reiterarse que el texto de la LRJS no es muy claro porque habla del domicilio “de la persona afectada”, sin concretar si es una persona física o jurídica.

En el ámbito de las personas físicas, la entrada en su domicilio particular necesita del consentimiento expreso del interesado o de la correspondiente autorización judicial. Este ámbito de la inviolabilidad del domicilio de las personas físicas es bastante claro y no ha suscitado particulares conflictos. Así, por ejemplo, en aplicación de este derecho, se considera que no constituye obstrucción a la labor inspectora la negativa a permitir la entrada en un domicilio particular donde se presume por la Inspección de Trabajo que existía un centro de trabajo de un taller de costura<sup>93</sup>. También se ha establecido que no puede revocarse este consentimiento para oponerse a la inviolabilidad del domicilio con el objeto de anular las consecuencias derivadas de la actuación inspectora si el titular del domicilio prestó en su momento, su consentimiento<sup>94</sup>. Por ejemplo, la STSJ de Aragón 23 octubre 2015, rec. 635/2015 descarta la vulneración de ese precepto en la actuación de un inspector que detectó a una trabajadora que estaba percibiendo prestaciones por desempleo en el zaguán de una casa rural, por ser una zona común deslindada del

---

<sup>92</sup> La crítica a la ubicación sistemática de esta autorización entre las diligencias preliminares también aparecen en el Dictamen del CES al Anteproyecto de LRJS. De hecho, en el borrador de la norma aparecía en el art. 6, al regular la competencia funcional de los Juzgados de lo Social. La redacción también sufrió cambios desde su concepción inicial. Así se preveía en el art. 6.3 del Borrador: “*Los Juzgados de lo Social conocerán de las autorizaciones para la entrada en domicilios o lugares asimilados en los que sea exigible el consentimiento del titular, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, o, en su caso, de la administración laboral competente, de no mediar dicho consentimiento y para el ejercicio de sus funciones, en especial, la prevención de riesgos laborales e investigación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y, en general, siempre que sea necesario en garantía del cumplimiento de las leyes sociales*”.

<sup>93</sup> STSJ Murcia, Sala C-A, 25 febrero 1999, rec. 1325/1997.

<sup>94</sup> STSJ Cantabria, Sala C-A, 9 noviembre 2001, rec. 264/2001.

domicilio particular del titular del establecimiento y del de las habitaciones de los huéspedes. Más discutible es algún pronunciamiento que declara que constituye obstrucción a la actuación inspectora la negativa a dejar entrar en un centro de trabajo ubicado en una vivienda a una controladora laboral, cuando en el padrón municipal constaba otro domicilio<sup>95</sup>.

La inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas ha sido un ámbito más problemático. De entrada, el Tribunal Constitucional ha establecido que este derecho también se predica de las personas jurídicas, pues el precepto constitucional, al establecer el derecho a la inviolabilidad del domicilio no lo circunscribe a las personas físicas (STC 137/1985, de 17 de octubre). Pero, ha de señalarse que la protección constitucional de las personas jurídicas no tiene contenido esencialmente idéntico al de las personas físicas, pues en el caso de las personas jurídicas no se extiende a la propiedad de todos los inmuebles, sino sólo se extiende a los *“espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros”* (STC 69/1999).

Esta delimitación de un espacio más reducido del domicilio de las personas jurídicas ha planteado problemas precisamente en punto a la confrontación con actuaciones inspectoras. Pronunciamientos del Tribunal Supremo en la Sala de lo Contencioso-Administrativo han incidido en este ámbito. La STS de 23 de abril de 2010, Rec. 704/2004, repasa la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas y la anulación de expedientes sancionadores fiscales, por falta de autorización judicial para las actuaciones de los Inspectores de la Hacienda. En este sentido, se señala como domicilio de las sociedades mercantiles, los espacios que requieren de reserva y no intromisión de terceros en razón a la actividad que en los mismos se realiza, esto es, los lugares utilizados por representantes de la persona jurídica para desarrollar sus actividades internas, bien porque en ellos se ejerza la habitual dirección y administración de la entidad, bien porque sirvan de custodia de documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento<sup>96</sup>. Por tanto, fuera de este ámbito no sería exigible autorización judicial o el consentimiento del interesado. Se ha señalado que no entran en el objeto de protección los establecimientos abiertos al público o en que se lleve a cabo una actividad laboral o comercial por cuenta de la sociedad mercantil que no está vinculada con la dirección de la sociedad ni sirve a la custodia de su documentación, ni tampoco las oficinas donde sólo se exhiban productos comerciales o los almacenes, tiendas, depósitos o similares. Precisamente, la doctrina judicial contencioso-administrativa, había establecido que no entraba en el ámbito de

---

<sup>95</sup> STSJ La Rioja, Sala C-A, 2 julio 1999, rec. 113/1997

<sup>96</sup> El pronunciamiento del Alto Tribunal mereció voto particular suscrito por ocho magistrados, que vino a señalar que no se vulneró el domicilio de la sociedad mercantil por la Inspección tributaria porque el local al que se accedió sólo albergaba documentación contable y en él se desarrollaba cierta actividad laboral y no había quedado probado que allí se adoptasen las decisiones fundamentales relacionadas con la actividad empresarial o con secretos comerciales e industriales que pertenecieran a la estricta reserva de la persona jurídica.

protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio, la entrada en establecimiento, centros de trabajo o locales donde se desarrollen actividades laborales<sup>97</sup>.

Por consiguiente, como regla general no será necesaria la autorización para la entrada en el local por tres razones: Primera, la ley autoriza a la Inspección a entrar libremente y sin notificación previa en el centro de trabajo (art. 13.1 Ley 23/2015, de 21 de julio de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social). Segundo, aunque el Tribunal Constitucional ha establecido que este derecho también se predica de las personas jurídicas, no le da un contenido idéntico al de las personas físicas, pues en el caso de las personas jurídicas no se extiende a la propiedad de todos los inmuebles, sino sólo se extiende a los “*espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o donde se custodian de los documentos o archivos reservados al conocimiento de terceros*”. Y tercero, aunque la doctrina jurisprudencial contencioso-administrativa, ha anulado expedientes sancionadores de la Inspección de Hacienda precisamente por invadir este ámbito, pero fuera de este perímetro no sería exigible autorización judicial o el consentimiento del interesado. Y precisamente, la doctrina judicial contencioso-administrativa, había señalado que no entraba en el ámbito de protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio, la entrada en establecimientos, centros de trabajo o locales donde se desarrollen actividades laborales.

Es de reseñar que esta solicitud de autorización judicial de entrada en el domicilio se configura como un incidente procesal, respecto del que no se ha previsto plazo concreto para que el órgano judicial resuelva ni ningún tipo de audiencia del interesado, esto es del titular del domicilio<sup>98</sup>. Ello quizá es consecuencia de que se ha copiado el régimen previsto en la Ley 29/1998, de 13 de julio reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA)<sup>99</sup>, caracterizado precisamente por la ausencia de regulación de un procedimiento sobre estas cuestiones. La única previsión, es que contra esta diligencia preliminar- como con todas las previstas en el art. 76- no cabrá recurso alguno contra la resolución judicial denegando su práctica, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 76.6 LRJS<sup>100</sup>. Ello suscita la cuestión de la aplicación supletoria del régimen de autorizaciones previsto en la LEC, pero dicha aplicación no parece adecuada puesto que está prevista para incidentes concretos y distintos<sup>101</sup>. En todo caso, ha de tenerse en cuenta

---

<sup>97</sup> STSJ Islas Baleares, Sala C-A, de 19-5-00, Rec. 1416/98.

<sup>98</sup> Ambas omisiones son criticadas en el Informe del CES al Anteproyecto de LRJS.

<sup>99</sup> El art. 8.6 LJCA establece que, "conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración Pública".

<sup>100</sup> Precisamente, en el Dictamen del CES al Anteproyecto de LRJS, se había señalado que “dado que en el supuesto de que denegación de la autorización de la entrada en domicilio no va a poder imponerse una sanción y, por tanto no va a haber ninguna sentencia frente a la que recurrir, por lo que parece más lógico que se excluya de la posibilidad de recurso al supuesto contemplado en el apartado 3 relativo a la autorización de entrada en domicilios”.

<sup>101</sup> En la LEC pueden hacerse referencia a los siguientes preceptos en punto a la autorización judicial de entrada en el domicilio: En primer lugar, el art. 261.2, en supuestos de exhibición de títulos y documentos en el marco de las diligencias preliminares, en el caso de que el demandado se niegue sin motivo alguno a cumplir el requerimiento judicial. En segundo lugar, el art. 701 que confiere esta competencia al juez civil en casos de supuestos de entrega de cosa mueble determinada. También el art. 354.1 LEC.

lo previsto en el art. 91.2 de la LOPJ<sup>102</sup>, que establece la autorización mediante auto y la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con actos de la Administración cuya ejecución precisa de la entrada en el domicilio<sup>103</sup>.

### 5.1.3.- Partes del proceso

La demanda se dirige contra el sujeto responsable que es quien niega el carácter laboral de la relación que ha servido de base a la actuación inspectora. El art. 148 LRJS declara expresamente aplicable a este proceso el ap. a) del art. 148, según el cual: “el procedimiento se seguirá de oficio, aún sin asistencia de los trabajadores perjudicados, que tendrán la consideración de parte, si bien no podrán desistir ni solicitar la suspensión del proceso”.

### 5.1.4.- Especialidades de la sentencia

---

<sup>102</sup> Dicho precepto dispone: “Corresponde también a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo autorizar, mediante auto, la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares cuyo acceso requiera el consentimiento del titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración”.

<sup>103</sup> Entre otras, STC 139/2004, de 13 de septiembre, apunta: “este Tribunal ha señalado que al Juez que otorga la autorización de entrada no le corresponde enjuiciar la legalidad del acto administrativo que pretende ejecutarse. Conviene advertir que esta doctrina, aunque se ha establecido en relación con el Juez de Instrucción, que era quien antes de la reforma efectuada por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante LJCA), otorgaba este tipo de autorizaciones, resulta igualmente aplicable a los Jueces de lo contencioso-administrativo, que son los ahora competentes para emitir aquéllas en los casos en los que ello sea necesario para la ejecución de los actos de la Administración pública (art. 8.5 LJCA), pues en este concreto procedimiento, las atribuciones de estos Jueces se limitan únicamente a garantizar que las entradas domiciliarias se efectúen tras realizar una ponderación previa de los derechos e intereses en conflicto. Como ha señalado este Tribunal (SSTC 160/1991, de 18 de julio, F. 8; 136/2000, de 29 de mayo), en estos supuestos la intervención judicial no tiene como finalidad reparar una supuesta lesión de un derecho o interés legítimo, como ocurre en otros, sino que constituye una garantía y, como tal, está destinada a prevenir la vulneración del derecho. De ahí que, para que pueda cumplir esta finalidad preventiva que le corresponde, sea preciso que la resolución judicial que autorice la entrada en el domicilio se encuentre debidamente motivada, pues sólo de este modo es posible comprobar, por una parte, si el órgano judicial ha llevado a cabo una adecuada ponderación de los derechos o intereses en conflicto y, por otra, que, en su caso, autoriza la entrada del modo menos restrictivo posible del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Por este motivo, el otorgamiento de esta clase de autorizaciones no puede efectuarse sin llevar a cabo ningún tipo de control, pues si así se hiciera no cumplirían la función de garantizar el derecho a la inviolabilidad del domicilio que constitucionalmente les corresponde. Por esta razón este Tribunal ha sostenido que, en estos supuestos, el Juez debe comprobar, por una parte, que el interesado es el titular del domicilio en el que se autoriza la entrada, que el acto cuya ejecución se pretende tiene una apariencia de legalidad, que la entrada en el domicilio es necesaria para aquélla y que, en su caso, la misma se lleve a cabo de tal modo que no se produzcan más limitaciones al derecho que consagra el art. 18.2 CE que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto (SSTC 76/1992, de 14 de mayo; 50/1995, de 23 de febrero; 171/1997, de 14 de octubre; 136/2000, de 29 de mayo). Junto a estas exigencias, este Tribunal ha señalado también que han de precisarse los aspectos temporales de la entrada, pues no puede quedar a la discrecionalidad unilateral de la Administración el tiempo de su duración (STC 50/1995, de 23 de febrero)”.

La admisión de la demanda producirá en esta modalidad procesal la suspensión del expediente administrativo sancionador. Su continuación dependerá del contenido de la sentencia donde se declare o no la naturaleza laboral de la relación. En este sentido, la jurisprudencia ha explicado que este procedimiento de oficio viene configurado “como una especie de prejudicialidad devolutiva respecto del procedimiento administrativo”. Precisamente por ello, y aunque no hubiese sido necesaria su constancia expresa, la sentencia firme se comunicará a la autoridad laboral (art. 148 LRJS), quedando vinculada la Administración por los extremos resueltos en la resolución judicial del órgano jurisdiccional y también los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa ante los que se impugne el acta de la infracción o de liquidación.

## *5.2.- La declaración de nulidad del acuerdo en fase de consultas*

### 5.2.1.- El objeto de este procedimiento

La posibilidad de la Autoridad Laboral de impugnar determinados acuerdos de suspensión, reducción de jornada o extinción del contrato del art. 47 y 51.6 ET por considerar que la decisión empresarial pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por desempleo por parte de los trabajadores afectados, se reconoce en varios preceptos (art. 124.7 LRJS en relación con el art. 148.b). Se trata de un proceso de oficio iniciado por la autoridad laboral a los efectos de la posible declaración de nulidad de un acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores en período de consultas. Recuérdese que en estos procedimientos la celebración del período de consultas con la doble función de transmitir toda la información acerca de las causas de la reestructuración y para propiciar un acuerdo entre la empresa y los representantes conlleva, de existir acuerdo, que debe trasladarse copia a la autoridad laboral. La autoridad laboral ha dejado de tener un papel autorizador (excepto en los casos de fuerza mayor) y desde la Ley 3/2012 ha pasado a tener una función de control. La autoridad laboral recabará informe de la inspección de trabajo sobre el desarrollo del período de consultas (art. 11 y 22 RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, en adelante RPDC), donde la inspección informará cuando considere que el acuerdo tiene por objeto la obtención indebida de prestaciones por desempleo por parte de los trabajadores o cuando compruebe que concurre fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo. La demanda de oficio se presentará directamente por la autoridad laboral o a petición de la entidad gestora de la prestación por desempleo, cuando estimase que el acuerdo pudiese tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo, por ejemplo por simularse despidos colectivos alegando causas empresariales inexistentes o tratar de obtener prestaciones indebidas por quienes simulan ser trabajadores. En estos casos, se seguirá la modalidad procesal del art. 148.b) LRJS.

Una primera cuestión que se plantea es si el proceso de oficio derivado de una presunta obtención indebida de la prestación por desempleo se ciñe a los supuestos de despidos colectivos, o también incluye las medidas de restructuración empresarial previstas en el art. 47 ET. Esta cuestión deriva de una defectuosa técnica legislativa. El art. 148.b) incurre en una grave omisión ya que únicamente se refiere a la decisión extintiva de la empresa -que tenga por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados, por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo- y no prevé específicamente la "decisión suspensiva o de reducción de jornada por causas empresariales", que también puede dar lugar a obtención indebida de prestaciones de desempleo. En efecto, el último párrafo del precepto aparece consagrado al ejercicio de la demanda de oficio por la Autoridad Laboral, a instancia de la entidad gestora de la prestación por desempleo, cuando esta apreciara que la decisión extintiva de la empresa pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados, por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo<sup>104</sup>. Sin embargo, por evidente lógica, cabe incluir la posibilidad de impugnación por parte de la Autoridad Laboral, por la misma causa que la decisión extintiva en los supuestos de suspensión o reducción de jornada por causas empresariales. Y ello porque esta posibilidad, está expresamente contemplada en el artículo 47.1 párrafo quince del TRET-2015, debiendo entenderse que se habría producido un olvido del legislador en relación con la legislación procesal. En este sentido, el Tribunal Supremo ha aclarado que «cuando el artículo 148 b) de la LRJS alude a "decisión extintiva", ha de entenderse que también está comprendida la "decisión suspensiva"»<sup>105</sup>.

Una segunda cuestión que suscita este proceso es si las reglas procesales se ciñen exclusivamente a lo previsto en los arts. 148, 149 y 150 de la LRJS, o por el contrario, resultan aplicables reglas derivadas de otras modalidades procesales vinculadas a la impugnación de acuerdos en fase de consultas. La cuestión se ha planteado tras la aprobación de la LRJS pues con la anterior LPL y esencialmente al hilo del plazo de caducidad, previsto en los arts. 124 LRJS para la impugnación de los despidos colectivos y 138 LRJS para la impugnación de suspensiones o reducciones de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción por los trabajadores afectados. Esta cuestión será objeto de tratamiento en el subepígrafe siguiente.

---

<sup>104</sup> El artículo 148 de la LRJS dispone: "El proceso podrá iniciarse de oficio como consecuencia:...b) De los acuerdos de la autoridad laboral competente, cuando esta apreciara fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión de los acuerdos de suspensión, reducción de la jornada o extinción a que se refieren el artículo 47 y el apartado 6 del artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y los remitiera a la autoridad judicial a efectos de su posible declaración de nulidad. Del mismo modo actuará la autoridad laboral cuando la entidad gestora de la prestación por desempleo hubiese informado que la decisión extintiva de la empresa pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados, por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo".

<sup>105</sup> Así se concluye en la STS 16 diciembre 2014, rcud. 42/2014 atendiendo al contexto normativo, a los antecedentes históricos y legislativos, a la realidad social y finalidad de la norma, entre otros.

### 5.2.2.- Inicio del procedimiento e interpretación judicial sobre el sometimiento de la acción a un plazo de caducidad

Este proceso se inicia mediante resolución de la autoridad laboral en la que se aprecie dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión de un acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores. También cuando se estimase que el acuerdo pudiera tener por objeto la obtención indebida de prestaciones por desempleo, donde generalmente se producirá un inicio a instancia del Servicio público de Empleo cuando detectase tal situación.

La competencia funcional de los órganos de la Jurisdicción Social para conocer de esta modalidad procesal debe determinarse en función del ámbito del conflicto. El artículo 7 de la LRJS establece: "Las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán: a)....Asimismo conocerán en única instancia de los procesos de oficio previstos en la letra b) del artículo 148 de esta Ley... cuando el acuerdo o acto administrativo impugnado extiendan sus efectos a un ámbito territorial no superior al de una Comunidad Autónoma". En el caso de superarse este ámbito, el órgano competente será la Audiencia Nacional.

El primer efecto de la demanda en este tipo de procedimientos es que su presentación conlleva la suspensión del plazo de caducidad que la Administración dispone para dictar la resolución autorizadora del despido o la suspensión colectiva (que recordemos se mantiene sólo para los supuestos de fuerza mayor).

La demanda ha de cumplir con los requisitos exigidos para la demanda en el proceso ordinario y además con los específicos contenidos en el art. 149 LRJS. Se exige que se identifique a las personas contra las que se dirige y la concreta condena que se pide frente a ellas según el contenido de la pretensión, identificación de las partes del acuerdo colectivo y, en relación con los trabajadores que puedan resultar afectados por la resolución, la concreción de sus datos identificativos y sus domicilios, así como describir los hechos que resulten imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas y la concreta pretensión declarativa o de condena que se pide del órgano jurisdiccional, con expresión, de proceder, de los perjuicios estimados o de las bases para la determinación de la indemnización correspondiente.

Si bien en la regulación de la modalidad procesal del procedimiento de oficio no está previsto específicamente un plazo para el ejercicio de la acción, diversas salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia, han entendido que la acción está sometida al plazo de caducidad de 20 días<sup>106</sup>. A este respecto, se ha entendido aplicables los plazos previstos en los arts. 124 y art. 138 LRJS, para la impugnación de despidos colectivos o para la impugnación de suspensiones o reducciones de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción por los trabajadores afectados, respectivamente. Esta aplicación se ha sustentado en los pronunciamientos de doctrina judicial de suplicación en tres argumentos: en primer lugar, que la modalidad procesal de oficio no

---

<sup>106</sup> Vid. SSTSJ Comunidad Valenciana 18 octubre 2013, rec. 46/2013 y 8 mayo 2014, rec. 10/2014, STSJ Galicia 21 marzo 2014, rec. 78/2013, STSJ de Andalucía (Sevilla) de 5 de junio de 2014, rec. 7/2014 y STSJ de Murcia de 13 julio 2015, rec. 1/2015.

excluye la aplicación de las reglas de otras modalidades procesales que someten la impugnación de acuerdos en fase de consultas a una especial celeridad, ligada a un evidente principio de seguridad jurídica en cuanto a estos acuerdos y las consiguientes decisiones empresariales; en segundo lugar, a la aplicación analógica de la construcción jurisprudencial que ha sometido las acciones de modificación sustancial por la vía del procedimiento de conflicto colectivo al plazo de caducidad de la acción de impugnación individual de dicha modificación; en tercer lugar, a que carecería de sentido establecer plazos de caducidad diferentes en función de que la acción de impugnación del acuerdo se instase por los particulares o por la autoridad laboral.

La interpretación judicial es sugerente pero no cabe olvidar que no tiene refrendo del Alto Tribunal y sólo se encuentra en doctrina judicial de suplicación. Por otra parte, creo que presenta ciertos inconvenientes en el caso de que el procedimiento de oficio tenga por objeto determinar la existencia de fraude del acuerdo de consultas para la obtención de prestaciones por desempleo, puesto que el plazo es muy corto para permitir que la entidad gestora actúe, situándose el punto de controversia en la fijación del “dies a quo”. Y ello porque las sentencias que han interpretado la concurrencia de la caducidad, han situado el “dies a quo” en la fecha en la que la autoridad laboral recibe el informe de la inspección de trabajo o concluye el plazo improrrogable de 15 días para su emisión previsto en los artículos 11.2 y 22.2 del RD 1483/2012. Téngase en cuenta que el análisis de las sentencias requiere una diferenciación entre las que dilucidan casos de alegación de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión de período de consultas, en cuyo caso se ha aplicado el “dies a quo” antedicho<sup>107</sup>, de las que dilucidan la detección de situaciones irregulares para la obtención indebida de prestaciones. En estos casos, se han abierto varias interpretaciones:

En primer lugar, alguna sentencia ha situado el inicio del plazo no cuando finaliza el plazo de quince días que la Inspección de Trabajo tiene para evacuar su informe, sino cuando la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo emite su informe y lo remite a la autoridad laboral para que inicie el procedimiento de oficio<sup>108</sup>.

En cambio, otras sentencias han considerado que el plazo ha de iniciarse en la fecha en la que la autoridad laboral recibe el informe de la inspección de trabajo o concluye el plazo improrrogable de 15 días para su emisión, y no cuando la entidad gestora emitió su informe<sup>109</sup>. Es cierto que alguna otra sentencia de suplicación ha

---

<sup>107</sup> SSTSJ Comunidad Valenciana 18 octubre 2013, rec. 46/2013 y 8 mayo 2014, rec. 10/2014 y STSJ Galicia 21 marzo 2014, rec. 78/2013.

<sup>108</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) 5 junio de 2014, rec. 7/2014.

<sup>109</sup> Por ejemplo, STSJ Andalucía (Sevilla) 10 diciembre 2014, rec. 33/2014, que apunta: “Esta Sala no desconoce el criterio sentado anteriormente por la misma en sentencia de 6 de junio de 2014, que computaba el plazo de caducidad desde la fecha de la petición emitida por la Entidad Gestora para la iniciación del procedimiento de oficio, ante la evidente importancia que reviste ésta en la modalidad procesal que ahora se examina. Resultaría efectivamente inadecuado obviar en dicho cómputo el momento de la aparición de la decisión inicial sobre el procedimiento. Sin embargo, debe tenerse igualmente en cuenta que si la caducidad impone un plazo necesariamente limitado para el ejercicio del derecho por razones de consecución de la seguridad jurídica, parece efectivamente inadecuado establecer como dies a quo una actuación de la Entidad Gestora no sujeta a plazo inicial, que no tiene por qué existir en todos los casos y que podría ser emitida en cuanto que no viniera a prescribir la acción ostentada.”

argumentado en el sentido de que dicho informe nada añadía, y que la autoridad laboral tenía un conocimiento cabal y completo de los hechos, por lo que el “dies a quo” se iniciaba desde la recepción del informe de la Inspección<sup>110</sup>.

Sin perjuicio de que esta última argumentación permita entender que las soluciones no son tan discrepantes como pareciera a primera vista, a mi entender, la primera interpretación es correcta pues los casos donde el acuerdo en período de consultas tiene como móvil la obtención irregular de prestaciones por desempleo puede presentar perfiles mucho más difíciles de detectar *a priori*, en concreto en la fecha en la que la inspección emite su informe. El caso de la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 5 de junio de 2014, rec. 7/2014, resulta paradigmático de que otra interpretación sería absurda. Y es que en dicho pronunciamiento se enjuiciaba un supuesto durante y después de dos suspensiones colectivas se procedió por la empresa a contratar a nuevo personal con carácter temporal, operándose en la práctica una sustitución de la jornada del personal fijo. Ello obviamente sólo podía descubrirse *a posteriori* por lo que el plazo de caducidad sólo puede iniciarse cuando la autoridad laboral tiene un conocimiento cabal y completo de los hechos en los que fundamentar la demanda de oficio. Sin embargo, es probable que pese a que esta exégesis facilitaría la actuación de la entidad gestora para detectar estas irregularidades, no sea ésta la interpretación mayoritaria en el ámbito judicial, puesto que la fijación del *dies a quo* de la emisión del informe de la inspección ofrece un criterio más seguro y cómodo para zanjar estos litigios mediante la apreciación de la caducidad de la acción.

### 5.2.3.- Legitimación

La demanda de la autoridad laboral se presentará “de oficio o a instancia de parte”. Lo que significa que pueden darse las siguientes situaciones:

- a) Demanda de oficio de la autoridad laboral o a petición de la entidad gestora de la prestación por desempleo, cuando estimase que el acuerdo pudiese tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo (art. 51.5.2 del ET).
- b) Por sujetos colectivos. Tanto el sector de representación que habiendo negociado con el empresario, hubiese puesto de manifiesto su disconformidad al acuerdo, como otras representaciones legales o sindicales con interés legítimo en la declaración de nulidad

---

Habrà de establecerse por tanto un plazo único de caducidad para el ejercicio de la acción por la Autoridad Laboral, tanto en los casos en los que actúe por su propia iniciativa como a instancias de la Entidad Gestora de prestaciones. Dicha consideración viene a determinar que el plazo de los veinte días hábiles reiterado deba computarse desde la emisión del informe de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, momento que determina la finalización de la intervención administrativa en el procedimiento y de conocimiento por la Autoridad Laboral de los elementos precisos para fundamentar el ejercicio de la acción correspondiente”.

<sup>110</sup> STSJ Galicia 21 marzo 2014, rec. 78/2013.

del acuerdo, como la propia representación de trabajadores que hubiese acordado con el empresario y que intentase hacer valer la coacción o el dolo a que fueron sometidos para lograrlo.

- c) Por sujetos individuales, si el acuerdo contiene relación de trabajadores concretos afectados.

Los demandados serán quienes hubiesen intervenido en la conclusión del acuerdo cuya nulidad se pretende.

#### 5.2.4.- Especialidades en materia de prueba y contenido de la resolución

El litigio versa sobre la declaración de nulidad del acuerdo por la existencia de alguna o algunas de las causas indicadas. Y al basarse la pretensión en los datos que figuren en el expediente será de aplicación lo dispuesto en el art. 150.2.d): “las afirmaciones de hechos que se contengan en la resolución o comunicación base del proceso harán fe salvo prueba en contrario incumbiendo toda la carga de la prueba a la parte demandada”.

En relación con esta modalidad procesal, la STS 16 diciembre 2014, rcud. 42/2014 declara que la mera constancia en una comunicación de la Autoridad laboral al servicio público de empleo de que no constaba fraude en la obtención de las prestaciones por desempleo, no equivalía a que la Administración hubiera ido contra sus propios actos y hubiera de seguir el procedimiento de revisión de actos administrativos previsto en el art. 102 LRJAP- PAC. Y ello sobre la base de considerar que no había existido un acto declarativo del derecho a las prestaciones por desempleo, sino una mera comunicación al Servicio Público de Empleo, realizada para dar cumplimiento al procedimiento previsto en el ET.

#### 5.2.5.- Especialidades de la sentencia

La sentencia declarará o no la nulidad del acuerdo en fase de consultas:

- Si se declara la nulidad, quedará precluida la posibilidad de dictarse una resolución autorizadora de las medidas suspensivas o extintivas acordadas. Recuérdese nuevamente que esta autorización sólo es preceptiva en los supuestos de fuerza mayor
- Si no se aprecia nulidad, se reanuda el cómputo del plazo de que dispone la autoridad laboral para dictar la correspondiente resolución.

### **6.- Las acciones de reclamación de salarios debidos y su incidencia en la base reguladora de la prestación por desempleo**

Uno de los supuestos que puede provocar alteraciones de la prestación por desempleo puede producirse en los supuestos de reclamación de cantidad contra el empresario y en los que se reconoce el derecho un salario superior. Ello no plantea especiales problemas cuando la extinción del contrato de trabajo se produce con

posterioridad a la firmeza de la sentencia que reconoce este derecho. Empero, no suele ser estadísticamente infrecuente que los trabajadores reclamen cuando ya han visto extinguido su contrato de trabajo y han solicitado la prestación por desempleo, habiéndosele reconocido un importe prestacional por el SPEE inferior al debido. En estos casos, se ha planteado la fecha a la que cabe retrotraer los efectos del reconocimiento del derecho al cobro de un salario respecto a la prestación por desempleo ya abonada. La cuestión controvertida es si la fecha de efectos del nuevo importe cabría situarla desde el inicio del reconocimiento del derecho a la prestación por desempleo o bien, desde que el beneficiario instó la revisión de la base reguladora de la prestación que ya tenía reconocida mediante la correspondiente reclamación administrativa previa. Judicialmente se ha reconocido el derecho a reclamar las prestaciones indebidamente satisfechas desde la fecha de reconocimiento inicial, y no desde la fecha de la reclamación previa de revisión, por entender que la prestación había sido insuficientemente satisfecha por causa no imputable al interesado<sup>111</sup>. Empero esta tesis judicial era anterior a la modificación efectuada en el art. 43 TRLGSS-1994, por la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, con fecha de enero de 1-1-2007, que añadió el siguiente párrafo al mencionado precepto: “Si el contenido económico de las prestaciones ya reconocidas resultara afectado con ocasión de solicitudes de revisión de las mismas, los efectos económicos de la nueva cuantía tendrán una retroactividad máxima de tres meses desde la fecha de presentación de dicha solicitud. Esta regla de retroactividad máxima no operará en los supuestos de rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos, ni cuando de la revisión derive la obligación de reintegro de prestaciones indebidas a la que se refiere el artículo 45”. Esta regla se contiene en el art. 53.1 segundo párrafo del TRLGSS-2015, que parece limitar los efectos de las modificaciones de la base reguladora por circunstancias sobrevenidas, como el reconocimiento de un importe de un salario superior al reconocido.

Una situación diferente es la que se produce cuando habiéndose reconocido una determinada base reguladora, el beneficiario insta que se le modifique, por ejemplo, por un cálculo erróneo por parte de la entidad gestora, pero sobre la base de los datos que ya obraban en el expediente administrativo. En estos casos, donde no existen nuevas circunstancias sobrevenidas, la doctrina judicial ha hecho jugar la regla contenida ahora en el art. 268.2 TRLGSS-2015, esto es, sancionando la inactividad por parte del beneficiario con la pérdida de los días de prestación -en este caso, de las diferencias correspondientes a tales días- que median entre la fecha de nacimiento del derecho - aquí, el reconocimiento de la correcta base reguladora inherente a tal derecho- y aquella en que efectivamente se hubiese formulado la nueva solicitud para su cálculo correcto<sup>112</sup>.

## **7.- La interacción de la protección por desempleo con acciones extintivas**

### *7.1.- La acción de despido*

---

<sup>111</sup> STSJ Madrid 22 abril 2004.

<sup>112</sup> STSJ Murcia 11 diciembre 1996, que aplicó el art. 209.2 TRLGSS-1994, vigente en aquel momento.

En el caso de que el de impugnación del despido, si éste es declarado procedente, el trabajador accede a la situación legal de desempleo y puede devengar las correspondientes prestaciones. En el caso de que el despido se declare improcedente y se interponga recurso, cabe diferenciar según la opción efectuada por el empresario. Si se hubiera optado por la readmisión, cualquiera que fuera el recurrente se llevará a cabo la ejecución provisional en la forma prevista en el art. 297 LRJS<sup>113</sup>. Si se hubiera optado por la indemnización, cualquiera que fuera la persona que hubiera interpuesto el recurso, se considerará al trabajador en situación de desempleo involuntario.

Si la sentencia que resuelva el recurso que hubiera interpuesto el trabajador elevase la cuantía de la indemnización, el empresario, dentro de los cinco días siguientes al de su notificación, podrá cambiar el sentido de su opción y, en tal supuesto, la readmisión retrotraerá sus efectos económicos a la fecha en que tuvo lugar la primera elección, deduciéndose de las cantidades que por tal concepto se abonen las que, en su caso, hubiera percibido el trabajador en concepto de prestación por desempleo. Dicha cantidad, así como la correspondiente a la aportación empresarial a la seguridad social por dicho trabajador, habrá de ser ingresada por el empresario en la entidad gestora. A efectos del reconocimiento de un futuro derecho a la protección por desempleo establece el art. 111.1 LRJS que el período al que se refiere el párrafo anterior se considerará de ocupación cotizada. Cualquiera que sea el sentido de la opción ejercitada, ésta se tendrá por no hecha si el tribunal superior, al resolver el recurso, declarase nulo el despido. Cuando se confirme la sentencia recurrida, el sentido de la opción no podrá ser alterado

En el caso de que se presente recurso contra la sentencia que declara la improcedencia del despido de un representante legal o sindical de los trabajadores, la opción ejercitada por dichos representantes tendrá las siguientes consecuencias: a) Cuando el trabajador hubiese optado por la readmisión, cualquiera que sea la parte que recurra, habrá de estarse a lo dispuesto por el art. 297 LRJS; b) De haberse optado por la indemnización, tanto si recurre el trabajador como el empresario, no procederá la readmisión ni el abono de salarios mientras esté pendiente el recurso, si bien durante la sustanciación del recurso el trabajador se considerará en situación legal de desempleo involuntario. Si la sentencia que resuelva el recurso interpuesto por el empresario disminuyera la cuantía de la indemnización, el trabajador, dentro de los cinco días siguientes al de su notificación, podrá cambiar el sentido de su opción y, en tal caso, la readmisión retrotraerá a sus efectos económicos a la fecha en que tuvo lugar la primera elección, deduciéndose de las cantidades que por tal concepto se abonen las que, en su caso, hubiera percibido el trabajador en concepto de prestación por desempleo. La citada cantidad, así como la correspondiente a la aportación empresarial a la seguridad social por dicho trabajador, habrá de ser ingresada por el empresario en la entidad gestora. A

---

<sup>113</sup> En materia de ejecución provisional de sentencias de despido, el art. 297 LRJS regula las obligaciones del empresario que hubiese optado por la readmisión, tras la calificación como improcedente del despido, en el supuesto de que aquél interpusiera recurso contra la resolución que así lo hubiese declarado, y durante la tramitación del mismo. En estos casos, el trabajador continuará prestando servicios, a menos que el empresario prefiera efectuar el abono de la retribución sin compensación alguna, lo que obviamente comportará la suspensión del derecho a la prestación por desempleo.

efectos del reconocimiento de un futuro derecho a la protección por desempleo, el período al que se refiere el párrafo anterior se considerará de ocupación cotizada. Cualquiera que sea el sentido de la opción ejercitada, ésta se tendrá por no hecha si el tribunal superior, al resolver el recurso, declarase nulo el despido. Cuando se confirme la sentencia recurrida, el sentido de la opción no podrá ser alterado (art. 112.2 LRJS).

#### 7.1.1.- La incompatibilidad con salarios de trámite y las operaciones de regularización con la prestación por desempleo

En el caso de despido o la extinción de la relación laboral, la decisión del empresario es causa de situación legal de desempleo, sin necesidad de impugnación. El art. 268.4 TRLGSS-2015 establece que el ejercicio de la acción contra el despido o extinción no impedirá que se produzca el nacimiento del derecho a la prestación, que como es sabido, da derecho a la protección desde el día siguiente a la extinción del contrato, si la solicitud se presenta en los 15 días siguientes (art. 268.1 TRLGSS-2015). Ello puede comportar que habiéndose abonado el subsidio por desempleo, posteriormente se reconozca el derecho del trabajador despedido a salarios de trámite, que en muchos casos, van a ingresarse en el patrimonio del trabajador con efectos retroactivos, lo que debe comportar una regularización *a posteriori* de la prestación por desempleo. Y es que cuando el art. 282.1 del TRLGSS-2015 fija la incompatibilidad de la prestación de desempleo con otro trabajo, se entiende que dicha incompatibilidad no afecta únicamente al trabajo en sí mismo, sino también a los salarios derivados del anterior trabajo. Como ha señalado la jurisprudencia “los salarios de tramitación a pesar de constituir una indemnización, lo que compensan es precisamente lo mismo que viene a compensar la prestación por desempleo, o sea la falta de percepción salarial por un determinado período de tiempo”<sup>114</sup>.

Consecuentemente, la normativa prestacional regula esta incompatibilidad, estableciendo el art. 268 TRLGSS-2015 las reglas al respecto para regularizar la superposición entre prestaciones por desempleo percibidas por el trabajador y los salarios que se hayan reconocido por idéntico período. Ha de tenerse en cuenta que el precepto no busca sólo evitar la duplicidad de percepciones por parte del trabajador (salarios de tramitación y prestación por desempleo), sino también la consideración del período de salarios de tramitación como de ocupación cotizada, con el consiguiente incremento de la prestación por desempleo en los casos que así corresponda.

#### 7.1.2.- El reintegro de lo indebidamente percibido como prestación por desempleo con los salarios de trámite

---

<sup>114</sup> STS 29 noviembre 2011, rcud. 4642/2010.

El común denominador de las diferentes situaciones reguladas en el art. 268 TRLGSS es que abonadas las prestaciones a partir del despido, si con posterioridad se produce una calificación de éste que comporta el derecho a salarios de tramitación con cargo a la empresa, ha de evitarse una doble percepción, quedando obligado el empresario al reintegro de las prestaciones y al abono, en su caso, de las correspondientes cuotas y, pudiendo abrirse un nuevo período de desempleo a partir de la regularización de la situación. Como se verá, en función de que se haya producido un despido improcedente con opción por la indemnización, o un despido con efecto de readmisión del trabajador, o un despido que finaliza con incidente de readmisión, se producirán variantes sobre esta máxima general, correspondiendo en unos casos el cobro de salarios de tramitación, pero no en otros. El sistema articulado es complejo, lo que deriva de haber heredado, en lo esencial, la estructura del art. 209 TRLGSS-1994, que había sido modificado en varias ocasiones<sup>115</sup>. El legislador antaño distinguía según el despido fuera declarado improcedente o nulo, con opción en el primer caso entre la readmisión o la indemnización. Tras la reforma laboral del 2012, cuando el trabajador despedido tenga derecho a salarios de tramitación, el obligado al reintegro es en principio el empresario, y compensándose también las prestaciones percibidas en el primer período de desempleo por las del segundo. Empero el artículo 268 TRLGSS-2015 continúa diferenciado diversas situaciones, cuando podía haberse simplificado la redacción, en el sentido de establecer la evitación de la duplicidad de percepciones por el mismo período, siendo el sujeto obligado el empresario al reintegro.

El sistema de reintegro a cargo del empresario evita “hacer una triple operación (el trabajador devuelve al INEM –ahora SPEE- la prestación y el empresario le paga la totalidad de los salarios, al tiempo que ingresa las cuotas de Seguridad en la entidad gestora), opta por un sistema más sencillo, como es que el empresario abone al trabajador la diferencia entre lo que éste cobró por desempleo y el importe total de los salarios a que tiene derecho, procediendo aquél a ingresar en el INEM el importe de la prestación y de las cuotas. Se trata, en realidad, de una norma legal que combina dos instituciones legales como son la autorización de pago a un tercero, que aquí opera por disposición legal... y la compensación de créditos...”<sup>116</sup>.

La primera situación se regula en la letra a) del art. 268.5 TRLGSS-2015. Cuando el despido es declarado improcedente y se opte por la indemnización, no hay derecho a salarios de trámite, por lo que el trabajador empezará o continuará percibiendo las prestaciones por desempleo. Empero una cuestión que cabe suscitar es el olvido de la situación del despido improcedente de los representantes de los trabajadores, que también en caso de opción por la indemnización pueden percibir salarios de trámite. En todo caso, creo que sin más en este caso cabe aplicar por analogía lo previsto en el apartado b) del art. 268.5 TRLGSS.

La segunda situación se regula en el ap. b) del art. 268.5 LGSS. Cuando se produzca la readmisión del trabajador o aunque aquella no se produzca en el supuesto al que se refiere el artículo 284 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, si el trabajador

---

<sup>115</sup> Vid. ap. 5.c) DF 3.2 Ley 42/2006, de 28 de diciembre y DF 5.4 y 5 Ley 3/2012, de 6 de julio.

<sup>116</sup> STSJ Cataluña 24 enero 2013, rec. 7649/2011.

ha estado percibiendo la prestación por desempleo, ésta se considera indebida por causa no imputable al trabajador. 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. Por su parte, el empresario ha de ingresar a la Entidad Gestora las cantidades que en concepto de prestaciones hubiera percibido el trabajador, deduciéndolas de los salarios dejados de percibir, con el límite de los salarios de tramitación que le correspondieran al trabajador. A efectos del reintegro de prestaciones que corresponda al empresario, o eventualmente al trabajador, se estará al procedimiento previsto en el art. 295.1 TRLGSS-1995. De este modo, para la regularización de la situación, el SPEE ha de recuperar lo abonado en concepto de prestaciones por desempleo indebidas *ex post facto* a través de la obligación legal de la empresa de ingresar tales prestaciones descontándolas de los salarios. No obstante, hay algunas situaciones donde cabe matizar esta obligación empresarial de reintegrar la cuantía de las prestaciones por desempleo.

El primer caso es el supuesto –es verdad que infrecuente– de que las prestaciones por desempleo superen el importe de los salarios de tramitación, donde corresponderá al trabajador devolver las diferencias<sup>117</sup>. Un segundo caso especial puede producirse cuando la empresa no dedujo de los salarios de tramitación el importe de la prestación indebida por desempleo, habiendo cobrado el trabajador dichos salarios de tramitación. En los repertorios judiciales se ha producido ya algún supuesto, por ejemplo, cuando contrariando la práctica habitual en los ámbitos forenses de detraer el importe de la prestación antes del pago de los salarios de trámite, el juzgado entregó directamente la cantidad consignada como salarios de tramitación al trabajador sin deducir la parte correspondiente a prestaciones por desempleo<sup>118</sup>, o cuando el trabajador informó a la empresa de que le había sido abonada una cantidad por prestaciones por desempleo inferior a la real<sup>119</sup>. En ambos casos, los tribunales se han inclinado por considerar que el obligado a la devolución sería el trabajador para evitar una doble percepción, y han desechado la interpretación de que fuera la empresa la obligada a devolver las prestaciones indebidas y luego reclamarlas al trabajador.

Finalmente, el art. 268.5 TRLGSS-2015, ap. c) regula la situación en los supuestos en que no haya tenido lugar la readmisión por ser declarada irregular y se resuelva mediante auto judicial el incidente de no readmisión (art. 281.2 LRJS) o que la misma no se ha podido realizar por cierre empresarial (art. 286.2 LRJS), y exista un incidente de no readmisión que dé lugar a la extinción de la relación laboral. A estos efectos, se aplica lo dispuesto en el art. 268.5.a) LGSS<sup>120</sup>. Es decir, continuará percibiendo prestaciones por desempleo o si el trabajador no estuviera percibiendo prestaciones por desempleo

---

<sup>117</sup> STS 14 febrero 2012, rcud. 765/2011 y STS 27 marzo 2013, rcud. 1837/2012.

<sup>118</sup> STS 17 abril 2012, rcud. 1167/2011.

<sup>119</sup> STSJ Cataluña 24 enero 2013, rec. 7649/2011.

<sup>120</sup> Este inciso fue expresamente introducido para aclarar el régimen de percepción de las prestaciones por desempleo cuando correspondía el devengo de salarios de trámite, según se especifica en el Dictamen del CES. Recuperado en <http://www.ces.es/documents/10180/2394234/Dic142015.pdf>, p. 13.

comenzará a percibir las a partir del momento en que se declare extinguida la relación laboral por resolución judicial.

Circunstancialmente, debe aclararse que en la doctrina judicial no se ha acordado el pago de salarios de trámite en otros supuestos distintos de los establecidos en los arts. 281.2 y 286 LRJS. Me refiero a los casos del art. 110 de la LRJS que dispone que en caso de despido improcedente "b) 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". Esta regla que consagra legalmente una práctica judicial común que aplicaba analógicamente la regla prevista para ejecución de sentencias en el antiguo art. 284 LPL –hoy art. 286 LRJS-, pero que suscitaba la duda de si también en estos casos, habrían de abonarse salarios de trámite. La cuestión ha sido controvertida, pues algún pronunciamiento ha condenado al pago de los salarios de tramitación. Sin embargo, en doctrina judicial de suplicación es mayoritario el criterio de entender que no procede el pago de estos salarios<sup>121</sup>. Se argumenta que tras la reforma laboral llevada a cabo por el RD-L 3/2012 el devengo de salarios de tramitación queda limitado a los supuestos legales en los que se prevé la readmisión del trabajador; esto es, cuando se declara la nulidad del despido (art.113 de la LRJS), o en los casos en que habiéndose declarado la improcedencia, el titular de la opción se decante por la readmisión (art. 110 LRJS).

Dada la incompatibilidad entre la percepción de las prestaciones y el cobro de los salarios de tramitación a cargo de la empresa, se ha planteado la cuestión de qué ocurre cuando el trabajador no ha percibido los salarios de tramitación. El TS ha señalado que no se podrá considerar como prestación de desempleo indebida cuando concorra con salarios de tramitación ni abonados por la empresa por insolvencia ni por el FOGASA<sup>122</sup>. En definitiva, no existe incompatibilidad con la prestación por desempleo cuando no se han percibido los salarios de tramitación de manera efectiva.

Otra situación especial es aquella donde al trabajador se le reconocen judicialmente salarios de trámite habiendo cobrado la prestación por desempleo en la modalidad de pago único. Existe doctrina unificada que establece aún en el caso de que el trabajador hubiese incumplido su obligación de poner en conocimiento de la Entidad Gestora la incompatibilidad de dicho reconocimiento con la prestación reconocida, la consecuencia no sería la devolución íntegra de la prestación, sino la de la parte proporcional a los días durante los que se produjo dicha incompatibilidad. Lo contrario, argumenta con buen criterio el Alto Tribunal, iría en contra de la finalidad del pago único, como medida favorecedora del trabajo por cuenta propia<sup>123</sup>.

---

<sup>121</sup> Vid. SSTSJ de Valencia 18 mayo 2013, rec. 492/2013, 8 julio 2014, rec. 1298/2014, 3 enero 2015, rec. 2727/2014, y 15 septiembre de 2015, rec. 1871/2014.

<sup>122</sup> SSTS 18 mayo 2011, rcud. 3815/2010 y 27 marzo 2013, rcud. 1837/2012.

<sup>123</sup> STS 14 abril 2015, rcud. 1706/2014.

### 7.1.3.- El ingreso de las cotizaciones y el recalcu de la prestación de desempleo

La incompatibilidad de prestaciones por desempleo y salario de trámite comporta dos operaciones de regularización: por un lado, la compensación o reclamación de lo indebidamente percibido, y, por otro, un nuevo cálculo de la prestación devengada para, normalmente, incrementar su duración y/o cuantía, en función de las cotizaciones consecuencia de los salarios de trámite.

Ha de tenerse en cuenta que las cotizaciones por el período de salarios de trámite, considerado de ocupación cotizada asimilado al alta, en muchos casos van a ingresarse en el patrimonio del trabajador con efectos retroactivos, lo que puede repercutir en la gestión de una eventual prestación por desempleo. En estos supuestos, la Entidad Gestora puede haber abonado el correspondiente subsidio y percibir posteriormente las cotizaciones correspondientes a los salarios de tramitación, regularizando la percepción de la prestación indebida. La mecánica, en esencia, sería la siguiente: El empresario dará de baja al trabajador en el momento en que se produce el cese en la prestación de servicios, pero si posteriormente es condenado al pago de salarios de tramitación debe nuevamente dar de alta retroactivamente al trabajador y cotizar por el período correspondiente desde la fecha del despido y por todos los conceptos (art. 268.6 TRLGSS-2015). Para conciliar esta cotización *a posteriori*, y proteger al trabajador se considera a éste en situación asimilada al alta por el período de salarios de trámite.

La obligación de ingresar las cotizaciones por los salarios de tramitación es ineludible para el empleador, pudiendo si no, ser declarado responsable del pago de prestaciones por descubiertos en la cotización<sup>124</sup>, salvo que éstos sean considerados esporádicos<sup>125</sup>. En todo caso, ha de tenerse en cuenta que si el empresario solicita el pago de salarios de trámite al Estado, y se estima dicha pretensión, le serán devueltas las cotizaciones correspondientes al período de pago a cargo del Estado, pues en los casos de responsabilidad estatal por salarios de trámite serán también a cargo del Estado las cuotas de Seguridad Social (disp. adic. 2ª Ley 4/1990, de 29 de junio).

El ingreso de las cuotas debe efectuarse en el plazo previsto en el art. 56.4 del RD 1415/2004, de 11 de junio, que aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social. Dicho plazo finalizará el último día del mes siguiente al de la notificación de la sentencia, auto judicial o del acta de conciliación<sup>126</sup>.

### 7.1.4.- La compatibilidad con otras indemnizaciones

Si bien está establecida legalmente la falta de compatibilidad entre prestaciones por desempleo y salarios de trámite, no existe una previsión legal respecto a determinadas indemnizaciones fijadas en el orden contencioso-administrativo. La cuestión ha sido

---

<sup>124</sup> Es ilustrativo el caso de la STSJ Cataluña 29 mayo 2006, rec. 2398/2005.

<sup>125</sup> SSTSJ Cataluña 15 octubre 2002 y 9 noviembre 2002, rec. 809/2002 y 2451/2002 y STSJ Andalucía (Málaga) 20 febrero 2003, rec. 2259/2002.

<sup>126</sup> En el caso de las sentencia, se ha interpretado que la referencia cabe entenderla hecha a la sentencia firme [STSJ de Andalucía, Sevilla, Sala C-A, 12 enero 2000 y 20 enero 2000, rec. 687 y 688/1997].

resuelta por la jurisprudencia del orden social, que ha admitido la compatibilidad de la prestación contributiva de desempleo con indemnizaciones reconocidas en la jurisdicción contencioso-administrativa compensatorias del cese de su relación administrativa<sup>127</sup>. Ello se ha hecho sobre la base de rechazar una interpretación extensiva del concepto de salarios de trámite en perjuicio del beneficiario a los efectos de extender la incompatibilidad del percibo del desempleo parcial.

## **7.2.- La acción de extinción del contrato de trabajo del art. 50 ET**

En el seno del proceso en que un trabajador insta la extinción de su contrato por incumplimiento empresarial, la jurisprudencia desde mediados de los noventa, había defendido sin fisuras que la sentencia que estimase la extinción del contrato a instancia del trabajador tenía naturaleza constitutiva, con el consiguiente carácter judicial de la causa extintiva prevista en el artículo 50 ET, que debía ser solicitada por el trabajador, no siendo directamente ejercitable por él<sup>128</sup>. Esta posición se había reforzado indirectamente con la aprobación de la Ley de la Jurisdicción Social, al prever una medida cautelar específica en el art. 79.7, que permitiría la suspensión del contrato *ope iudicis* a solicitud del trabajador, y una singularísima ejecución provisional para supuestos de obtención de una sentencia favorable del trabajador, en el art. 303.3. Esta regulación ofrecía unas mejoras y contribuía a despejar algunos problemas relacionados con la exigencia de que el trabajador no abandonase su puesto de trabajo durante la sustanciación del pleito y del eventual recurso planteado contra la sentencia que reconociese el derecho del trabajador a la extinción del contrato. Sin perjuicio de la alteración de esta doctrina por algún pronunciamiento del TS<sup>129</sup>, la regulación vigente contiene alguna zona tangencial con la protección por desempleo.

Concretamente, el art. 303.3 LRJS prevé una especial ejecución provisional, de ser recurrida por el empresario la sentencia que acuerde la extinción del contrato de trabajo a instancia del trabajador con fundamento en el art. 50 ET. El trabajador podrá optar entre continuar prestando servicios o cesar en la prestación en cumplimiento de la sentencia, quedando en este último caso en situación de desempleo involuntario desde ese momento, sin perjuicio de las medidas cautelares que pudieran adoptarse<sup>130</sup>. Repárese en

---

<sup>127</sup> STS 29 noviembre 2011, rcud. 4642/2010.

<sup>128</sup> Es ilustrativa la STS 23 abril 1996, rcud. 2762/95, citada por otras muchas, que delimita claramente la doctrina jurisprudencial sobre el ejercicio de la facultad resolutoria del nexo laboral por voluntad del trabajador, en el sentido de que: “salvo casos excepcionales, lo que el trabajador debe hacer es solicitar la rescisión del contrato laboral, sin abandonar el puesto de trabajo, dado que la extinción del contrato se da en el caso de que en sentencia firme se estime que la empresa ha incurrido en alguna de las causas que dan lugar a ella, pero no antes de hacerse este pronunciamiento. Si la extinción del contrato no se produce hasta que por sentencia firme se estime que la empresa ha incurrido en alguna de las causas de incumplimiento contractual, se está reconociendo el carácter constitutivo de la sentencia y su subordinación precisamente al momento de la firmeza. Y ya vimos que esto entraña la subsistencia del vínculo laboral y el derecho y correlativa obligación del trabajador de continuar en el desempeño de sus funciones”.

<sup>129</sup> Vid STS 20 julio 2012, rcud. 1601/2012.

<sup>130</sup> En caso de dejar de prestar servicios, al no contemplarse la obligación de abonar salarios, no habría derecho a éstos ni a las cotizaciones de seguridad social. En este sentido, la doctrina habría aplicado analógicamente las reglas del art. 111.1.b) de la LJS. Salinas y Maurandi (2011), p. 1111.

que la lectura del precepto parece partir del carácter constitutivo de la sentencia de extinción puesto que determina los efectos de la revocación de la sentencia que había reconocido el derecho al trabajador a la extinción del contrato, “reconstruyendo” la relación. Así, se establece que si la sentencia fuera revocada el empresario deberá comunicar al trabajador, dentro del plazo de diez días a partir de su notificación, la fecha de reincorporación, para efectuarla en un plazo no inferior a los tres días siguientes a la recepción del escrito. El precepto llega a concretar los efectos de que el trabajador después de haber optado por el cese en la prestación de servicios viera revocada la sentencia anterior: si el trabajador no se reincorporase quedará extinguido “definitivamente” el contrato, siguiéndose en otro caso los trámites de los arts. 278 y siguientes, si la sentencia hubiese ganado firmeza. En este caso, y a efectos del reconocimiento de un futuro derecho a la protección por desempleo, el período a que se refiere el párrafo anterior se considerará de ocupación cotizada. Además, en cuanto a la opción conferida al trabajador que ha obtenido un reconocimiento inicial de existencia de una conducta ilegal por parte del empresario encuadrable en el art. 50 ET, de continuar prestando servicios o cesar en la prestación, se entiende que no puede realizarse en cualquier momento, sino que la LRJS fija un plazo concreto y la forma de realizarla<sup>131</sup>. De hecho, los comentaristas del precepto, aludían a lo “excepcional” de dejar de prestar servicios, de modo que de no ejercerse la opción en plazo o sin cumplir los requisitos “debe continuar prestando servicios en la empresa durante la tramitación del correspondiente recurso”<sup>132</sup>.

#### **BIBLIOGRAFÍA**

- AA.VV. (R. Roqueta Buj y C. Tatay Puchades) (2015). *Puntos críticos en la protección por desempleo y cese de la actividad autónoma*. Pamplona: Lex Nova- Thomson Reuters.
- Cabero Morán E. (2015). La reclamación administrativa previa a la vía judicial social tras la promulgación de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común. *Trabajo y Derecho*, (11), pp. 97 y ss.
- Chocrón Giráldez, A.M. (2003). La nueva modalidad procesal en materia de Seguridad Social “ex” artículo 145 bis de la Ley de Procedimiento Laboral. *Aranzadi Social*, (7).
- Gorelli Hernández, J. (2002). Una nueva reforma del desempleo y el despido: análisis general de la Ley 45/2002, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad. En AA.VV. (dir. J. Gorelli Hernández) (2002). *El nuevo régimen jurídico del despido y del desempleo*. Murcia: Laborum.
- López Balaguer, M. (2013). Proceso sobre prestaciones de Seguridad Social. En AA.VV. (dir. A. Blasco Pellicer) (2013). *El proceso laboral*. Valencia: Tirant lo Blanch.

---

<sup>131</sup> La opción deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la oficina judicial dentro del plazo de cinco días desde la notificación de que la empresa ha recurrido.

<sup>132</sup> Salinas y Maurandi (2011), p. 1111.

- López i Mora, F., y Olmeda Freire, G. B. (2004), “Contratación encadenada y prestaciones por desempleo indebidas”. En *Desempleo: XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Oviedo, 23 y 24 de mayo de 2003*, Madrid: Asociación Española de Derecho del Trabajo, pp. 1029-1044.
- Rivas Vallejo, P. (2002). *Los procesos en materia de prestaciones de la Seguridad Social*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi.
- Rodríguez Pastor, G.E. (2015). “Subsidio por desempleo y programas RAI, PREPARA y de activación para el desempleo: cómputo de plazos y responsabilidades familiares”, en AA.VV. (R. Roqueta Buj y C. Tatay Puchades). *Puntos críticos en la protección por desempleo y cese de la actividad autónoma*. Pamplona: Lex Nova- Thomson Reuters, pp. 119 y ss.
- Salinas Molina, F. y Maurandi Guillén, N.A. (2011.) En AA.VV. (Dir. J.A. Folguera y otros), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, 2ª edición, Valladolid: Lex Nova.
- Tatay Puchades, C. (2015) “Salidas al extranjero y realización de trabajos ¿suspensión, extinción, delito o compatibilidad con la protección por desempleo?”, en AA.VV. (R. Roqueta Buj y C. Tatay Puchades). *Puntos críticos en la protección por desempleo y cese de la actividad autónoma*. Pamplona: Lex Nova- Thomson Reuters, pp. 73 y ss.