

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

[BIB 2016\80200](#)

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)

Publicación: Revista de Información Laboral num.8/2016 parte Art. Doctrinal

Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2016.

Resumen

«El artículo 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 focaliza la atención en la distribución de competencias entre los diferentes órdenes jurisdiccionales. El orden social es el competente para la tramitación de buena parte de las reclamaciones judiciales en materia de protección por desempleo, pero la modalidad procesal aplicable no siempre es una cuestión clara en punto a la impugnación de las sanciones administrativas relacionadas con la protección por desempleo. El artículo analiza la competencia de los asuntos relativos a la protección por desempleo que reside en el orden contencioso-administrativo. Y finalmente se aborda la competencia penal a través del delito de fraude en prestaciones de Seguridad Social, que aunque tiene proyección general, resulta de particular aplicación en materia de desempleo.»

Abstract: «The article deals with the procedural treatment of unemployment protection. This is an important issue in the practice because unemployment benefits are an important source of litigation. The work focuses attention on the distribution of powers between the various jurisdictional orders. Social order is competent to process much of the legal claims on unemployment protection, but the applicable procedural way is not always a clear question about the challenge of administrative sanctions related to protection of unemployment. The article analyzes the unemployment claims that reside in the contentious-administrative. And finally, the article analyzes the criminal jurisdiction over the crime of fraud in social security benefits, although it has overall projection is of particular application in unemployment.»

Palabras clave

Desempleo, prestaciones de seguridad social, proceso judicial, modalidades procesales, orden social.

Unemployment, social security benefits, procedural rules, work-related lawsuit.

I . Consideración preliminar

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 Social¹. 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.

¹ 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, 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>

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 [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](#)². La primera reviste cierta incidencia en las impugnaciones de la protección por desempleo, pese a ser una norma esencialmente continuista. Cierto 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 laboral³– 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.

² 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, de 1 de octubre](#) entrará en vigor, al año de su publicación en el BOE ([DF 7ª](#)), excepto para determinadas disposiciones.

³ 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.

Pasando a otro polo normativo de impacto, 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 posteriormente para acreditar dicho hecho directamente, lo que además, resultaba inviable por cuanto en 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

beneficiarios⁴, 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 reconocidas⁵. 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](#)).

⁴ [STS de 24 de septiembre de 1991](#) , 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...".

⁵ [STS de 11 diciembre de 1991](#) , rcud. 883/1991.

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

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 la distribución entre los diferentes órdenes jurisdiccionales (social, contencioso-administrativo y penal) de las cuestiones relativas al 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.

II . 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 se 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. 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.

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

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 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 . 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 exceptiona 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. Es decir, 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 empresarial⁶. 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 dado de alta en la Seguridad Social, el SPEE procederá de acuerdo con las siguientes reglas:

⁶ [STSJ de Castilla y León \(Burgos\) de 23 octubre de 2015](#), rec. 657/2015, en un supuesto donde la trabajadora figuraba contratada indebidamente mediante una relación mercantil.

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 Tribunales⁷.

⁷ Por ejemplo, [STSJ de Islas Canarias \(Las Palmas\) de 20 diciembre de 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 infracotización.

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 administrativo⁸, sino únicamente una modalidad de abono específico de la prestación por desempleo. De este modo, se consideró que las cuestiones litigiosas relativas a la modalidad de pago único de la prestación por desempleo competirían al orden jurisdiccional social. Esta posición jurisprudencial fue objeto de recepción legislativa en el [art. 233.b\)](#) TRLGSS-1994⁹, 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.

8 La competencia sobre estas cuestiones fue declarada del orden social ([STS, Sala C-A, de 26 octubre de 1990](#) , y luego [SSTS de 8 marzo de 1995](#) , de [24 abril de 1995](#) , [23 mayo 1995](#) , y [20 noviembre 1996](#) , rcud. 1050/1996, entre otras). Vid., por todas, la afirmación contenida en las [STS de 8 de marzo de 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, 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*”.

9 En modificación operada por el [art. 79](#) de la Ley núm. 13/1996, de 30 de diciembre.

4 . La impugnación de las sanciones a los trabajadores en materia de desempleo

Conforme al [art. 303.2.c\)](#)
TRLGSS-2015, t

ambién 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 desactualizada¹⁰ y además, ha sido objeto de depuración por el Tribunal Constitucional¹¹. 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.

10 El apartado quinto del [art. 48](#) del TRLISOS no existe por mor de lo dispuesto en la [Ley 23/2015, de 1 de julio](#) . 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”.

11 La redacción al [art. 48.5](#) de la Ley de infracciones y sanciones del orden social atribuyendo la titularidad de la potestad para sancionar las conductas descritas en el [art. 24.4 a\) y b\)](#) de la Ley de infracciones y sanciones del orden social a un órgano estatal, el Servicio público de empleo estatal (o, en su caso, el Instituto Social de la Marina) fue declarada inconstitucional por [STC 272/2015](#) y reiterada esta doctrina en [STC 21/2016, de 4 de febrero](#).

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](#) 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 quinta¹², 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.

12 Por la [disposición adicional 24ª.2](#) de la Ley 50/1998.

Si bien, c

on 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-1994¹³.

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, 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.

13

Vid. [SSTS de 11 octubre de 2001](#)

, rcud. 1698/2000 y [25 de febrero de 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
>.

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 graves¹⁴. De esta forma, se puso fin a la diferenciación de la jurisdicción competente para revisar las sanciones impuestas por la entidad gestora.

14 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".

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 sancionador¹⁵. Ello habría abierto cierta controversia sobre la modalidad procesal que debía seguirse para la impugnación de determinadas las sanciones en materia de desempleo (las impuestas por la entidad gestora a los beneficiarios y trabajadores por infracciones en materia de desempleo).

¹⁵ 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* ”.

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](#)¹⁶. 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, que 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](#).

¹⁶ [SSTSJ de Castilla y León \(Valladolid\) de 16 septiembre de 2015](#), rcud. 1255/2015, [7 de octubre de 2015](#), rec. 1209/2015 y de [19 octubre de 2015](#), rec. 1256/2015. Empero, en la misma sala no se hace cuestión de la cuantía litigiosa, admitiendo la interposición del recurso de suplicación, en la impugnación de resoluciones del SPEE de extinción de la prestación y reintegro de lo indebidamente percibido ([STSJ de Castilla y León \(Burgos\) de 19 febrero de 2016](#), rec. 56/2016).

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 trabajadores¹⁷. 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\) LRJS](#).

¹⁷ 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 de 23 junio de 2015](#), rcud. 1940/2014) y las de suspensión ([STS de 31 marzo de 2015](#), rcud. 2075/2014).

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 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 no se olvide, constituye una excepción respecto a otros actos administrativos sancionadores¹⁸. 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 recursos¹⁹), 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 cuestionado 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 inspección²⁰.

¹⁸ 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.

¹⁹ Cfr. [art. 81](#) de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA) y [art 191.3.g\)](#) LRJS.

²⁰ STSJ de Madrid 28 de septiembre de 2015 , rec. 36/2015, STSJ de Andalucía (Granada) de 29 junio de 2015 , rec. 785/2015, STSJ de Madrid de 18 enero de 2016 , rec. 415/2015 y STSJ de Castilla y León (Burgos) de 19 febrero de 2016 , rec. 56/2016.

Por otra parte, no contradice esta interpretación la [sentencia del TS de 22 de diciembre 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 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 fueran de gestión recaudatoria, irían

por la vía de los arts. [151](#) y [152](#) LRJS. También se enjuiciarían 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.

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 especificadas en determinadas letras del [art. 2](#) LRJS.

5.1 . 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

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. Ambas se tramitarían por la modalidad procesal prevista en los arts. [151](#) y [152](#) LRJS.

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 ocupabilidad²¹. 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%²². 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 15-4-2016²³.

²¹ 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 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.

²² 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.

²³ 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.

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](#)²⁴. 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 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.

²⁴ [SJS de Madrid núm. 33 de 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.

5.2 . 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](#)).

III . 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-administrativo²⁵. En segundo lugar, es muy relevante la exclusión de los actos de gestión recaudatoria²⁶. Esta exclusión también se contempla en el [art. 303.2.a\)](#) del TRLGSS-2015²⁷. 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.

²⁵ Vid. [STS de 12 julio de 1999](#), rcud. 4177/1998 y [ATS de 30 marzo de 2005](#), rcud. 247/2004.

²⁶ Como establece la [STS de 2 febrero de 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".

²⁷ 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.

IV . El ilícito penal en materia de fraude en la obtención o disfrute de las 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 materia²⁸ .

²⁸ Como ya destacara Tatay, 2015, 74.

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 desempleo²⁹ . Con la introducción de un tipo 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 al que la había reconducido la jurisprudencia y la consiguiente exclusión de los fraudes en subsidios por desempleo a una condición objetiva de perseguibilidad vinculada a la cuantía

³⁰ .

²⁹ 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 \(Sala de lo Penal\) de 1 marzo de 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 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"».

³⁰ 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 de 9 de junio de 2003](#) , rec. cas. 2869/2001, y [13 de julio de 2012](#) , rec. cas. 2273/2011).

[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 euros³¹.

³¹ 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, de 28 enero de 2014, 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.

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 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.

Otro supuesto donde se ha aplicado el tipo ha sido ante la conducta consistente en la creación de empresas ficticias, con simulación de contratos de trabajo para proceder a dar de alta a supuestos trabajadores con objeto de certificar a los mismos periodos de carencia de empleo para conseguir prestaciones públicas irregulares, así como el acceso indebido a autorizaciones de residencia y trabajo en el caso de ciudadanos extranjeros. Cuando la conducta se ha realizado en varias provincias, el Tribunal Supremo ha establecido el criterio –al resolver una cuestión de competencia negativa- de que el proceso debía dirimirse en el juzgado donde más casos hubo y donde tuvo su sede la empresa que facilitaba el acceso indebido a prestaciones por desempleo³².

³² [ATS 19 noviembre 2015](#) ,cuestión de competencia 20681/2015.

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.

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.