

RECURSO N.º: Recurso de suplicación
268/2021
NIG PV 48.04.4-20/
NIG CGPJ 48020.44.4-2020/

SENTENCIA N.º: 465/2021

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a 9 de marzo de 2021.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por la/los Ilma/Ilmos. Sra./Sres. D.^a GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR, Presidenta, D. JOSÉ LUIS ASENJO PINILLA y D. JOSÉ FÉLIX LAJO GONZÁLEZ, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación interpuesto por [REDACTED], contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. Tres de los de Bilbao, de 1 de diciembre de 2020, dictada en proceso sobre Desempleo (RDE), y entablado por la ahora **también recurrente** frente al **SEPE**.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSE LUIS ASENJO PINILLA, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"PRIMERO.- D^a M [REDACTED] inicia prestación de desempleo el 1.1.18, tras despido de 13.12.17, percibiendo la prestación del 1.1.18 al 7.8.18 en cuantía de 6.556,11 euros.

SEGUNDO.- Impugnado el despido es declarado improcedente por Sentencia del

Juzgado Social 5 de Bilbao de fecha 18-9-18 fijándose una indemnización de 3.653 como opción a la readmisión o ésta y salarios de tramitación, dictándose Auto de ejecución el 7.1.19 que decreta la extinción una indemnización en importe de 5.212,81 euros y el abono de salarios de tramitación en importe de 17.469,55. Por Decreto 528/19 se decreta la insolvencia empresarial.

TERCERO.- La trabajadora presenta demanda en reclamación de deuda salarial ante el Juzgado social 7 de Bilbao que dicta sentencia el 5.12.18 condenando a la empresa al abono de 8.980 euros.

Por resolución del Fogasa de 26.11.19 se reconoce a la demandante el derecho al cobro de 120 días de salario de tramitación tras el despido acaecido, en importe de 5.905,20 euros

CUARTO.- Por resolución del SEPE de 21.1.2020 se hace propuesta de revocación donde se señala que se va a generar un cobro indebido provisional que se puede compensar con una nueva prestación debiendo la trabajadora realizar una nueva solicitud, aportando a su vez la resolución judicial de extinción de la relación laboral, señalando el carácter cautelar de la baja de prestaciones y que debe de aportar documentación. La trabajadora aporta documentación requerida y aun así se dicta resolución de archivo por su no presentación el 17.7.2020 para posteriormente dictar la resolución de 11.8.2020 de desestimación de la reclamación previa y revocación de prestaciones

Por la trabajadora se realizan alegaciones pero no se solicita el devengo de una nueva prestación de desempleo y por resolución de 12.2.2020 se declara la percepción indebida de prestaciones, por cobro de salarios de tramitación desde el 1.1.18 al 7.8.18 en cuantía de 6.556,11 euros.

QUINTO.- Intentada reclamación previa la misma fue desestimada por Resolución de 11.8.2020."

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la sentencia de instancia dice:

"ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda interpuesta por M [REDACTED] frente a SEPE, REVOCANDO las resoluciones administrativas de esta entidad que declaran lo indebido del cobro de prestaciones de desempleo por parte de la trabajadora demandante en importe de 6.556,11 euros, correspondientes al periodo de 1.1.18 al 7.8.18 CONDENANDO al SEPE a dictar nueva resolución dónde se regularice la prestación de desempleo ya reconocida teniendo en cuenta la incompatibilidad de prestaciones durante los 120 días en los que ha cobrado salarios de tramitación por parte del Fogasa.

DESESTIMAR las excepciones planteadas por la parte actora en materia de prescripción."

TERCERO.- Como quiera que la parte actora discrepara de dicha resolución, procedió a anunciar y, posteriormente, a formalizar, el pertinente Recurso de Suplicación. No ha sido impugnado de contrario.

CUARTO.- Los presentes autos tuvieron entrada el 15 de febrero de 2021 en esta Sala. Se ha señalado el siguiente 9 de marzo, para deliberación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sra. [REDACTED] solicitaba en la demanda origen de las actuaciones en curso y presentada el 14 de septiembre de 2020, que se declarase que había prescrito la facultad revisora del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE), respecto a su resolución de 10 de enero de 2018 y por ende que era firme, así como que se revocaran las también resoluciones de 17 de julio y 11 de agosto de 2020; subsidiariamente, que se reconociese que los 5.905,20 euros abonados por el Fondo de Garantía Salarial no correspondían a salarios de tramitación sino a salarios inherentes al tiempo de trabajo; más subsidiariamente, que la suma que se acaba de reseñar sea la única que correspondía a prestaciones indebidas y no, por el contrario, los 6.556,11 euros solicitados por ese concepto

La sentencia del siguiente 1 de diciembre y del Juzgado de referencia, estimó parcialmente esa solicitud. Todo ello en base a los hechos que desglosábamos en nuestros antecedentes fácticos. Así como en los fundamentos de derecho que se consignan en dicha resolución y que se tienen por reproducidos.

SEGUNDO.- Los tres motivos de Suplicación toman como base el art. 193.c), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS). No obstante, trataremos los dos primeros de forma conjunta y dada la conexión que existe entre ellos.

La parte actora estima y en primer lugar, que la sentencia objeto de Recurso, infringe el art. 146, de ese mismo Texto procesal. Asimismo vulnera y corresponde al segundo de los motivos, el que denomina criterio jurisprudencial mayoritario del que se hacen eco las resoluciones del TSJ de Madrid de 19-6-2015, rec. 937/2014 y 27-9-2019, rec. 254/2019.

Enlazando con este último, hay que destacar que solo de una resolución del Tribunal Supremo es predicable su condición de jurisprudencia y de acuerdo a lo establecido en el art. 1.6, del Código Civil. Citaremos, en ese sentido, las sentencias de la Sala de lo Social del TS, de

11-10-2001 (TS), rec. 344/2001 y 24-11-2015, rec. 298/2014, y de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, también del TS, las de 18-7-2013, rec. 2235/10, 5-12-2013, rec 4825/10 y 26-12-2013, rec. 2315/2012. Lo cual, no obstante y matizamos, es extensible y asimilable a las sentencias del Tribunal Constitucional (TCo), de acuerdo a los nums. 1 y 4, del art. 5, de la Ley Orgánica del Poder Judicial –resolución 300/2006, por ejemplo-; y a las del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en consonancia a la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, del mentado TCo. Por tanto, no puede ser invocada con la finalidad que pretende la doctrina elaborada en sus resoluciones por los diversos Tribunales Superiores de Justicia, en este caso de lo Social de Madrid –TS, sentencia de 2-4-2018, rec. 27/2017-.

Tras esa precisión y retomando el hilo argumental de la Sra. ██████ alega que la actuación del SEPE está prescrita. A tal efecto indica que habría transcurrido el plazo del año legalmente establecido en dicho precepto desde que se dictó la resolución que se intenta revisar; es decir la de 10 de enero de 2018. En ese mismo orden de cosa resalta que no es un supuesto de errores materiales o aritméticos, ni de omisiones imputables al beneficiario en el que se amplía el plazo a los cuatro años. Criterio que a su juicio también ratificarían las resoluciones judiciales antes mencionadas.

El art. 146, de la LRJS regula la “*Revisión de los actos declarativos de derechos*”. Su num. 1, puesto a su vez en relación con los nums. 3 y 4, establece como principio general que no pueden revisarse de oficio los actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios. De tal manera que el órgano administrativo que pretenda dicha revisión, tiene que presentar la correspondiente demanda ante la jurisdicción social. Dispone de un plazo de cuatro años para interponer dicha acción.

No obstante, la propia norma establece tres excepciones en su num. 2. Rechazaremos desde un principio relación alguna del supuesto que nos ocupa con lo establecido en el apartado c). Por tanto, quedaría por dirimir si es encuadrable en lo a su vez desglosado en los apartados a) o b).

Llegados a este punto es menester recordar lo argumentado por el TS en la sentencia de 8-7-2020, rec. 209/2018. A saber:

“...el modo en el que está construido el artículo 146 LRJS puede generar la duda referida a la revisión de actos declarativos de derechos por parte del SPEE. Cabe, ..., entender que toda revisión en materia de prestaciones por desempleo debe realizarse "dentro del plazo máximo de un año". Asimismo, es posible interpretar que el plazo de un año no rige cuando se trata de revisar errores o se constate que los beneficiarios han incurrido en inexactitudes u omisiones al presentar los datos que han dado lugar al reconocimiento del derecho. La Sala considera al respecto que la Entidad Gestora del Desempleo...está facultada para revisar sus

propios actos, sin necesidad de acudir a la vía judicial, cuando se haga con fundamento en que el beneficiario los propició al dejar de aportar datos relevantes o hacerlo con inexactitudes....

...esa conclusión deriva en primer término de la interpretación literal de la norma: la primera excepción (que no somete a plazo la revisión) omite cualquier indicación temática respecto del contenido del acto revisado. Por tanto, debe entenderse que se trata de cualquiera de los comprendidos en el artículo 146 LRJS: "prestaciones de Seguridad Social", como reza la rúbrica del Capítulo en que se inserta. Como la regla no se ha circunscrito a alguna de ellas y el desempleo forma parte de la acción protectora de la Seguridad Social...la previsión también se extiende a la gestión del SPEE.

Con más fuerza, si cabe, la conclusión deriva de la interpretación sistemática de la norma. Primero el art. 146 sienta una regla general (prohibición de autotutela); luego abre una excepción (la que nos interesa referida a errores o inexactitudes) y posteriormente añade otra sujeta a plazo (en materia de desempleo)....

2...la aplicación de la anterior doctrina al caso que examinamos debe comportar la desestimación del recurso pues en el presente supuesto la revisión llevada a cabo por el SPEE se ha basado en la flagrante "omisión" o "inexactitud" del beneficiario que ocultó que parte de la ocupación cotizada que daba lugar a la prestación en realidad no había existido al tratarse de una contratación laboral simulada. Lo que determina que el organismo gestor de la prestación de desempleo actuó dentro de las posibilidades que le otorga el artículo 146...".

TERCERO.- Sentadas estas bases y como a continuación explicaremos, pensamos que el supuesto que hoy se trae a colación solo puede tener como referencia el apartado b), siempre del num. 2, del art. 146.

Volvamos a los datos de hecho aquí concurrentes y a los fines de su determinación. En este orden de cosas, a la actora le reconocieron las prestaciones por desempleo desde el 1 de enero hasta el 7 de agosto de 2018 y coincidiendo el inicio de las mismas con su despido. No obstante por mor de la tramitación judicial de ese procedimiento, la relación laboral no se extinguió sino el 7 de enero de 2019, fecha que es donde ya se estableció la condena al pago de los salarios de tramitación a costa de su empleadora y con carácter definitivo. Es decir, cuando ya había disfrutado de tales prestaciones y en su integridad. No es sino también en una fecha posterior, concretamente el 26 de noviembre de ese mismo año, cuando el FGS procede abonarle una suma por tales salarios de trámite hasta alcanzar el máximo de 120 días y en concepto de la responsabilidad subsidiaria legalmente atribuida.

Verificamos pues que la confluencia litigiosa no coincide temporalmente con el disfrute de las prestaciones por desempleo en momento alguno.

Siguiendo con nuestra exposición, la Sra. [REDACTED] no omite ciertos datos porque son posteriores y por ende los desconocía al momento que tuvo lugar dicho disfrute y en su integridad; además eran imprevisibles en cuanto a su específica generación. Consecuencia de esto último, tampoco puede apreciarse una actuación fraudulenta, de ocultación y/o infractora por su parte y en perjuicio del SEPE; además, que fuera con carácter previo a su generación y a diferencia del supuesto analizado por la resolución del TS. Asimismo, la aplicación directa a tales prestaciones y en orden a la compensación acordada por dicho Organismo, puede considerarse sujeta a interpretación jurídica –art. 268.5, del TRGSS-; cuando menos en un primer acercamiento.

Por tanto y como ya adelantábamos, el supuesto debe ser reconducido al precitado art. 146.2.b). De acuerdo a esta norma es factible la revisión de los actos en materia de desempleo y sin necesidad de acudir a lo establecido en el num.1. Es pues una medida excepcional, como igualmente dijimos, y como tal debe ser interpretada restrictivamente en orden a su aplicación. De tal manera que a efectos de determinar el plazo allí establecido, recordemos un año, hay que ser consecuente con la letra de la norma. Y allí se establece que ha de iniciarse el cómputo desde que aparece dictada la resolución administrativa.

La resolución del SEPE se dictó el 10 de enero de 2018. De tal manera que cuando se inicia el procedimiento de revisión el 21 de enero de 2020, había transcurrido en demasía el plazo anual de referencia. Por tanto y desde esta perspectiva, ha de estimarse el Recurso. Claro está sin perjuicio del derecho que le asiste al SEPE de interponer la correspondiente demanda y de acuerdo a lo establecido en el art. 146.1, de la LRJS.

CUARTO.- El tercer motivo de suplicación lo aprovecha para denunciar la vulneración del art. 9, de la Constitución.

Alega que lo solventado por el SEPE le generó indefensión al proceder al mismo tiempo al archivo de las actuaciones y a la desestimación de la reclamación previa. Destaca en ese sentido que los medios impugnatorios ante ambas decisiones son distintos e incompatibles. Todo lo cual, sigue diciendo, afecta al principio de seguridad jurídica, así como al de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

No puede aceptarse.

De la lectura del cuarto hecho probado se aprecia la existencia de irregularidades en la tramitación del expediente que se inició el citado 21 de enero de 2020. Incluso discrepancias y contradicciones entre las resoluciones de 17 de julio y la posterior de 11 de agosto; que por demás no son coetáneas como parece apuntar la actora y tal como es evidente.

Sin embargo, con independencia de que coincidamos con la Magistrada de que estamos en presencia de un evidente error administrativo, igualmente confluimos con ella en que no se ha producido la indefensión que la Sra. [REDACTED] dice haber sufrido. La mejor expresión de que no fue así, es el contenido de la posterior demanda origen de las presentes actuaciones; incluso de los dos primeros motivos del actual Recurso.

QUINTO.- La estimación parcial del Recurso carece de incidencia desde la perspectiva del pago de las costas que hayan podido generarse en la presente instancia. Por tanto, nada es exigible a los litigantes en este sentido.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimamos parcialmente el Recurso de Suplicación formulado por D^a. M. [REDACTED], contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. Tres de los de Bilbao, de 1 de diciembre de 2020, dictada en el procedimiento 753/2020; la cual debemos también revocar parcialmente y declaramos que no es factible revisar la resolución de 10 de enero de 2018, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que le reconocieron las prestaciones por desempleo del nivel contributivo, haciendo uso de lo establecido en los apartados a) y b), del num. 2, del art. 146, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social; condenando en consecuencia a dicho Organismo a estar y pasar por esta declaración. Sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.
Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar**, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Igualmente y en todo caso, salvo los supuestos exceptuados, el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un **depósito de 600 euros**.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-0268-21.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-0268-21.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.