

¿Medida cautelar para posponer el reintegro de prestación litigiosa?

ATS-SOC núm. 4182/2019, de 8 de abril

Carmen Sánchez Trigueros

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

Fermín Gallego Moya

Abogado. Profesor asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Acreditado como Contratado Doctor. Universidad de Murcia

I. Introducción

Con una relevancia no siempre esperada en una resolución de este tipo, aborda el Tribunal Supremo, en su Auto de fecha 8 de abril de 2019, la cuestión relativa a la adopción de medidas cautelares en procesos que han confirmado la percepción indebida, por el beneficiario, de prestaciones de Seguridad Social (desempleo en este caso). Más en concreto, se trata de suspender los actos ejecutivos sobre el patrimonio del deudor, acordados por la Administración Pública en aplicación de la resolución judicial, cuando ésta aún no ha adquirido firmeza, ámbito eminentemente procesal (en el que se aplican, por remisión de la LRJS, las previsiones de la LEC y de la LRJCA) en el que el TS decide introducir aspectos constitucionales, relacionados con el Derecho de la Protección Social, con los que tutelar el interés de la parte más vulnerable, situándolos por encima de otros intereses en juego como el equilibrio patrimonial de la Administración ejecutante.

El Auto, en su justificación de la medida cautelar acordada, repasa el régimen jurídico de la institución, aclara su finalidad y clarifica conceptos de difícil concreción, como el de apariencia de buen derecho, que flexibiliza exigiendo su mera “verosimilitud”.

La relevancia de la doctrina que el Auto contiene aconseja su divulgación, a lo que contribuimos con el presente comentario, no sin antes advertir al lector de que la claridad con la que la resolución comentada expone y resuelve el problema de fondo no precisa añadidos, sirviendo estas líneas, en el mejor de los casos, para dar una mayor noticia del mismo.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: auto.

Órgano judicial: Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: ATS núm. 4182/2019, de 28 de abril.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUUD núm. 2828/2018.

ECLI: ES:TS:2019:4182.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado: hechos y antecedentes

Lo que se discute es si la trabajadora contra quien la TGSS ha iniciado actuaciones recaudatorias, tras sentencia del TSJ que afirmó el carácter indebido de la prestación inicialmente reconocida por el SPEE, puede instar medida cautelar tendente a la paralización de aquellas mientras se resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina que ha interpuesto.

1. Los hechos del conflicto

La trabajadora, que venía percibiendo prestación contributiva de desempleo, trasladada su residencia a Costa Rica desde el 25-04-2016 hasta el 21-05-2016, con la finalidad de visitar a su abuela, gravemente enferma (de hecho moriría semanas después), y lo hace sin comunicar previamente al Servicio Público de Empleo Estatal la realización de dicho viaje, motivo por el que la Entidad Gestora declarará, mediante resolución de 21-03-2017, el carácter indebido de la prestación reconocida y su obligación de reintegro en importe de 7556,88 €.

2. El iter procesal

La trabajadora, que considera justificado su viaje, formula demanda frente a la anterior resolución, que es estimada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Oviedo, decisión que, al ser recurrida en suplicación por el SPEE, es revocada por la Sala de lo Social del TSJ Asturias, “restableciendo” el carácter indebido de la prestación de desempleo y propiciando, con ello, el inicio por parte de la TGSS de los correspondientes actos recaudatorios, incluido el embargo de ingresos de la trabajadora^[1].

Frente a la anterior resolución judicial, prepara e interpone la vencida recurso de casación unificadora, en 20-06-2018, aportando como sentencia contradictoria la dictada por el TS en 21-04-2015 (Rec. 3266/2013, RJ 2015/2178)^[2], contraria a la extinción de la prestación por desempleo con motivo de una salida no comunicada al extranjero por período inferior a 90 días. Al tiempo que se alza en casación, la trabajadora pone en conocimiento de la TGSS que la ejecución iniciada implica la ejecución de una deuda derivada de una resolución carente de firmeza.

Lo interesante del caso no es la resolución que finalmente vaya a dar la Sala 4ª al problema suscitado (por mucho interés que pueda tener conocer si la salida no comunicada al extranjero por período inferior a 90 días extingue o no el derecho a la prestación indicada), sino la solicitud de medida cautelar que la trabajadora formula, a través de su representación letrada y que es aprobada por Auto del TS en fecha 30-07-2018, ordenando al SPEE disponer lo necesario para que cese la actuación recaudatoria llevada a cabo por la TGSS respecto del reintegro de la cantidad antes indicada.

Concedido plazo de tres días a la Abogacía del Estado, personada en representación del SPEE, para manifestar cuanto considerase oportuno respecto de la medida acordada y su alcance temporal, se registró el escrito de oposición frente a la medida cautelar adoptada que da lugar al Auto de 8-04-2019 que comentamos.

IV. Posiciones de las partes

El SPEE, a través de la Abogacía del Estado, solicita el levantamiento de la medida cautelar adoptada, por considerar no concurrente, en este caso, la apariencia de buen derecho, ni existente riesgo alguno derivado de la tardanza en resolver adecuadamente, denunciando además la inadecuada ponderación de los intereses en conflicto, solicitud de levantamiento también secundada por el Ministerio Fiscal.

La recurrente, como es obvio, afirma el derecho reconocido, al amparo del art. 130 LRJS, subrayando la escasez de ingresos que percibe y la dificultad que tendría para abonar la cantidad requerida.

V. Normativa aplicable al caso

El régimen jurídico aplicable a las medidas cautelares se encuentra recogido en el art. 79 LRJS, que en su núm. 1 establece que aquellas que resulten necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera acordarse en sentencia se regirán por lo dispuesto en los artículos 721 a 747 LEC con la necesaria adaptación a las particularidades del proceso social y oídas las partes, si bien podrá anticiparse en forma motivada la efectividad de las medidas cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, añadiendo que, si el proceso versa sobre la impugnación de actos de Administraciones públicas en materia de Seguridad Social, en lo no previsto en esta Ley, se aplicará lo dispuesto en los arts. 129 a 136 LRJCA.

Dado el protagonismo que la LRJS otorga a la LRJCA en materia de Seguridad Social, el Auto comentado decide recordar algunos pasajes materiales de la misma, como el art. 129.1, que permite a los interesados solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia; o el art. 130 que, en su núm. 1, faculta la adopción de medidas cautelares, previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, cuando la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, permitiendo su núm. 2 la denegación si de aquella adopción pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, ponderada en forma circunstanciada.

El cauce procesal, apuntado por el art. 79 LRJS, se completa con lo dispuesto en el art. 135.1 LRJCA, según el cual, *cuando los interesados alegaran la concurrencia de circunstancias de especial urgencia en el caso, el juez o tribunal sin oír a la parte contraria, en el plazo de dos días podrá mediante auto apreciar las circunstancias de especial urgencia y adoptar o denegar la medida, conforme al artículo 130. Contra este auto no se dará recurso alguno. En la misma resolución el órgano judicial dará audiencia a la parte contraria para que en el plazo de tres días alegue lo que estime procedente o bien convocará a las partes a una comparecencia que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes a la adopción de la medida. Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo en su caso o bien celebrada la comparecencia, el juez o tribunal dictará auto sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada, el cual será recurrible conforme a las reglas generales.*

VI. Doctrina básica

1. *Recordatorio de su doctrina sobre la mera necesidad de una “probabilidad cualificada” del derecho en que se apoya la medida cautelar*

Reiterando lo manifestado en anteriores pero muy recientes pronunciamientos previos^[3], el TS recuerda cuál es la finalidad de las medidas cautelares y cuál el presupuesto principal para ser acordadas.

Lo que se intenta con la medida cautelar –recuerda- es eliminar el peligro que para la efectividad práctica de la sentencia que pone término al proceso “podría derivarse del lapso de tiempo que, inevitablemente, debe transcurrir para la tramitación de dicho proceso y, consecuentemente, para la emanación de la resolución judicial definitiva”.

En cuanto a la decisión de adoptarlas, la misma debe basarse en una comprobación de la apariencia del buen derecho alegado a partir de su “probabilidad cualificada”; es decir, que la medida no se concede porque el solicitante ostente un derecho indiscutido sobre el objeto del proceso, sino simplemente, porque, *prima facie*, su petición aparece como tutelable de forma cautelar. No se concede la medida cautelar, por tanto, porque el recurrente tenga razón, sino porque aparezcan indicios

de que pudiera tenerla o, dicho de otro modo, porque el derecho en que se funda la petición aparezca como verosímil.

2. La concurrencia de los tres requisitos necesarios para acordar y mantener la medida cautelar

Como hemos visto, la adopción, por Auto de 30-07-2018, de la medida cautelar, se realizó inaudita parte, lo que lleva ahora al Auto a explicar las razones por las que “inicialmente” se acordó dicha medida “cautelarísima”. A lo evidente (la urgencia por evitar el embargo de los ingresos de la trabajadora a raíz de una sentencia que no era firme) añade importantes previsiones constitucionales tenidas en cuenta, tales como la necesidad de respetar las exigencias del artículo 9.2 y concordantes CE, incluyendo la tutela judicial (art. 24) y el cumplimiento de las sentencias dictadas por los tribunales (art. 118); contexto este en el que se habría acordado el cese de toda actuación contra el patrimonio de la trabajadora, proveniente de la Administración, de su empleadora, y/o de cualquier sujeto que eventualmente hubiera de efectuarle algún pago.

En una segunda fase, la del “mantenimiento” de la medida una vez oídas las partes y el Ministerio Fiscal (la que propiamente atiene a este Auto), el TS se encarga de afirmar la concurrencia, en el caso analizado, de los tres presupuestos que justifican la medida:

- La apariencia de buen derecho.

El hecho de que la pretensión actora fuera acogida favorablemente por el Juzgado de lo Social es un importante indicio de que pueda tener razón; a ello se añade que la sentencia aportada de contraste^[4], de estimarse concurrente la contradicción, vendría a resolver un caso similar en sentido contrario al asumido por la Sala asturiana^[5].

- El riesgo de que el recurso pierda su finalidad legítima.

La reversibilidad del embargo y consiguiente devolución de las cantidades satisfechas por la trabajadora en caso de estimación de su recurso (argumento con el que Abogacía del Estado y Ministerio Fiscal neutralizan posibles perjuicios para la trabajadora recurrente) no es suficiente para revocar la medida adoptada pues, tratándose de una observación acertada en la generalidad de los casos en que la Administración Pública resuelve patrimonialmente frente a un particular, no es aplicable cuando hablamos de instituciones pertenecientes al “Derecho de la Protección Social”, cuyo carácter compensador trasciende aspectos sustantivos para penetrar en el terreno procesal. Y en este caso, aunque en puridad no estemos técnicamente ante un proceso en materia de Seguridad Social, sí está materialmente en juego la percepción de una prestación de tal naturaleza, por lo que la interpretación de las normas sobre adopción de medidas cautelares debe guiarse por aquellos principios.

Tangencialmente, el Auto dirige su atención a una norma, el art. 294 LRJS, que permite la ejecución provisional de sentencias condenatorias al pago de prestaciones de pago periódico, y la consolidación de las cantidades percibidas en el supuesto de ulterior revocación^[6].

- La ponderación de los intereses en juego.

Afirma el TS, a la hora de analizar la diversidad de intereses en presencia, que existe un mayor riesgo para el patrimonio del deudor de alzarse la medida cautelar, que para el equilibrio del sistema financiero, en caso de mantenerse, pues la recuperación de las cuantías indebidamente satisfechas por el SPEE puede llevarse a cabo en el momento en que la sentencia alcance firmeza, mientras que la devolución por la trabajadora de la cuantía reclamada, aun teniendo en cuenta las limitaciones normativas para el embargo, sí comporta un serio desequilibrio patrimonial; consideración esta, difícilmente cuestionable, a la que el Auto añade dos consideraciones desde el marco constitucional y europeo:

La primera, recordar la protección cualificada que de la prestación de desempleo efectúa nuestra CE, exigiendo a los poderes públicos, en su art. 41, procurar atender las situaciones de necesidad derivadas de dicha contingencia.

La segunda, la consideración patrimonial que el CEHD realiza de las prestaciones de Seguridad Social, tal y como recuerda el TEDH al afirmar que cuando un Estado contratante tenga en vigor una normativa que prevea el pago de una pensión o prestación de bienestar, tal legislación ha de considerarse como generadora de un interés de propiedad, de manera que, cuando se elimina o reduce el importe de la prestación, ello puede constituir una injerencia en la posesión que requiere ser justificado por razones de interés público.

VII. Parte dispositiva

Afirmada la conveniencia de la medida adoptada con carácter cautelarísimo en 30-07-2018, la parte dispositiva del Auto comentado se limita a declarar el mantenimiento de la medida cautelar y a ordenar la normal prosecución de la tramitación del recurso, con independencia de la interposición, que aún procedería, de recurso de reposición.

VIII. Pasajes decisivos

Es el Fundamento de Derecho Tercero del Auto el que contiene, seguramente, el pasaje central del pronunciamiento, al detenerse a analizar la concurrencia de los tres elementos que justifican la medida cautelar.

En primer término, identifica los indicios que avalarían la apariencia del buen derecho; por una parte, la existencia, durante el proceso, de un pronunciamiento favorable a la tesis sustantiva del solicitante de la medida (lo que nos lleva a preguntarnos si la unanimidad en la desestimación por el juez de instancia y el órgano de suplicación equivaldría a la destrucción de la apariencia); por otra, la existencia de un supuesto similar en el que se afirme doctrina contraria (lo que presenta el inconveniente de que al adoptar la medida cautelar aún no se ha analizado por el Tribunal la existencia de la contradicción).

En segundo lugar, aísla de la generalidad de los casos a las instituciones pertenecientes al Derecho de la Protección Social, que gozan de un carácter compensador que refuerza la protección procesal de su contenido patrimonial.

Y finalmente, teniendo en cuenta la específica mención que el art. 41 CE hace de la asistencia en caso de necesidad derivada del desempleo^[7], apuesta decididamente por la protección patrimonial de la parte más vulnerable, alineándose, por lo demás, con las reglas que nuestra ley rituaría establece en ejecución provisional de sentencias en materia de Seguridad Social.

IX. Comentario

Lo más relevante de la resolución comentada quizás sea comprobar cómo la normativa constitucional es capaz de modular una institución netamente procesal, permitiendo excepcionar o aislar en su aplicación aquellos supuestos que reclaman una protección especial, participando la norma procesal, de esta forma, del carácter tuitivo del Derecho del Trabajo inherente a sus preceptos materiales^[8].

Y así, aunque solo sea por la cita que de las SSTC 3/1983 y 20/18984 hace el Auto comentado, parece clara la intención de recordar cómo el Derecho Laboral está constituido como un ordenamiento compensador e igualador en orden a la corrección de desigualdades fundamentales, finalidad a la que sirven no sólo las normas sustantivas, sino también las procesales, instrumento éstas de singular importancia para el cumplimiento de los fines pretendidos por aquellas; de este modo, las indicadas desigualdades se corrigen también mediante normas procesales, en una concepción que encuentra su consagración en el art. 9.2 CE cuando impone a los poderes públicos la obligación de “promover las condiciones para que la libertad y la

igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas”. De esta forma -como afirma el TC en las dos sentencias referidas-, se ajusta a la Constitución la finalidad tuitiva o compensadora del Derecho laboral en garantía de la promoción de una igualdad real, que en el ámbito de las relaciones laborales exige un mínimo de desigualdad formal en beneficio del trabajador.

X. Apunte final

La relevancia práctica de la doctrina que el Auto reitera no es menor, pues la tardanza en la resolución procesal de asuntos que avanzan desde la instancia hasta la casación unificadora coloca a los beneficiarios de prestaciones, cuyo carácter indebido no se ha resuelto definitivamente, en situaciones de vulnerabilidad que este Auto, sin duda, pretende corregir.

Desde el punto de vista doctrinal, el Auto es gratificante. Estamos demasiado acostumbrados a que se nos recuerde el carácter meramente “programático”, “informativo” en el mejor de los casos, de muchos de los más reconocibles preceptos constitucionales; otros, aun gozando de un cualificado asiento en el texto, no descienden con la frecuencia que debieran a la resolución del caso concreto. Por ello, la lectura de una resolución, proveniente de la máxima instancia jurisdiccional ordinaria, que tiene en cuenta, en la interpretación y aplicación de normas procesales, preceptos constitucionales que abogan por la remoción de obstáculos que impidan la efectividad en el ejercicio de la igualdad del individuo (art. 9.2), la tutela judicial efectiva (art. 24), o la colaboración en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto (art. 118) es digno de mención, mucho más si aquellas normas procesales quedan subordinadas, en su aplicación, a los bienes e intereses constitucionales de aquellos que, en la relación de trabajo o de Seguridad Social, se muestran como parte más débil.

Pese a que una de las singularidades que el Auto destaca es el tipo de prestación que se analiza: el desempleo, única que cuenta con una referencia expresa en el art. 41 CE, queremos presumir que lo resuelto es extensible a cualquier otra prestación del sistema de Seguridad Social, contributiva o no.

Referencias:

1. [^] *No da noticia el Auto de qué ingresos percibe la trabajadora al tiempo de iniciarse los trámites recaudatorios, ni de si percibe alguna otra prestación o subsidio, pero sí alude a su situación “vulnerable”.*
2. [^] *En ella, el TS afirma que el desplazamiento al extranjero por un tiempo inferior a 90 días no supone un traslado de residencia y no conlleva la extinción de la prestación sino la suspensión de la misma, sin que el incumplimiento de la obligación de comunicar previamente la salida al SPEE, pueda conllevar la extinción de la prestación por aplicación de lo dispuesto en el art. 25.3 LISOS; la incoherencia existente en esta materia entre la normativa sancionadora, que contempla tal conducta como causa de extinción de la prestación, y la prestacional, que la contempla como causa de suspensión de la misma, debe interpretarse -dice el Alto Tribunal- a favor de esta última.*
3. [^] *AATS 26-04-2018 (Rec. 3760/2017) y 23-01-2019 (Rec. 2217/2018).*
4. [^] *Teniendo en cuenta que el ponente de este Auto es también el de dicha sentencia de contraste, ¿podemos presumir que la adopción de la medida cautelar estaría anticipando el éxito del recurso?*

5. [^] Obviamente, el Auto afirma lo anterior “sin prejuzgar el fondo del asunto”, pues no se ha pronunciado aún sobre el juicio de contradicción, pero parece claro que si nos encontrásemos ante una sentencia de contraste notoriamente insuficiente, a priori, para superar el citado juicio, la adopción de la medida cautelar habría tenido mayores dificultades.
6. [^] La Ley contempla y asume, en estos casos, el perjuicio para la Administración, pues tiene que abonar una prestación económica pese a no haberse resuelto definitivamente sobre su efectiva procedencia, impidiéndosele exigir su devolución en caso de que finalmente el perceptor careciera del derecho.
7. [^] Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.
8. [^] El Auto utiliza términos como “parte vulnerable”, “situaciones de necesidad”, “desequilibrio patrimonial” que muchas veces echamos en falta en la resolución de conflictos laborales.