

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-****TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS (Sede Santa Cruz de Tenerife)**

Sentencia 890/2018, de 21 de septiembre de 2018

Sala de lo Social

Rec. n.º 51/2018

**SUMARIO:**

**La protección por desempleo. Trabajador que tras solicitar la reanudación de la prestación (interrumpida tras un periodo de colocación) y obtener resolución favorable, recibe visita de la Inspección de Trabajo, quien levanta acta de infracción por compatibilizar prestaciones por desempleo con trabajo por cuenta ajena.** El trabajador no puede formular inmediatamente petición de desistimiento de la solicitud de reanudación, alegando que no se llegó a producir cobro indebido, con el fin de evitar la sanción de extinción de la prestación, ya que el Servicio Público de Empleo Estatal había resuelto favorablemente la solicitud de reanudación, y desde la reforma operada por la Ley 13/2012, basta compatibilizar la mera solicitud de la prestación con el trabajo por cuenta ajena (sin ser necesaria la percepción) para que concurra el tipo del artículo 26 de la LISOS. En consecuencia, habiendo resolución expresa de la solicitud, no cabe dejar tal resolución sin efecto por mero desistimiento, debiendo el interesado, en su caso, renunciar al derecho sustantivo reconocido en la solicitud, o bien impugnar la resolución expresa sobre la prestación, si la considera desfavorable.

**PRECEPTOS:**

RDLeg 5/2000 (TRLISOS), art. 26.2.

RDLeg 1/1994 (TRLGSS), art. 221.1.

RD 625/1985 (Protección por desempleo), art. 6 bis.3.

**PONENTE:**

*Don Félix Barriuso Algar.*

Sentencia

Sección: MAG

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO SOCIAL

Plaza San Francisco nº 15

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 479 373

Fax.: 922 479 421

Email: socialtsjtf@justiciaencanarias.org

Rollo: Recursos de Suplicación

Nº Rollo: 0000051/2018

NIG: 3803844420170000581

Materia: Otros Derechos Seguridad Social

Resolución: Sentencia 000890/2018

Proc. origen: Seguridad Social en materia prestacional Nº proc. origen: 0000081/2017-00

Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 4 de Santa Cruz de Tenerife

Recurrente: Samuel; Abogado: MANUEL MEJIA PAREJA

Recurrido: SEPE; Abogado: ABOGACÍA DEL ESTADO SEPE SCT

### **SENTENCIA**

Ilmos./as Sres./as

SALA Presidente

D./D<sup>a</sup>. MARÍA DEL CARMEN SÁNCHEZ PARODI PASCUA

Magistrados

D./D<sup>a</sup>. MARÍA CARMEN GARCÍA MARRERO

D./D<sup>a</sup>. FÉLIX BARRIUSO ALGAR (Ponente)

En Santa Cruz de Tenerife, a 21 de septiembre de 2018.

Dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Santa Cruz de Tenerife, en el Recurso de Suplicación número 51/2018, interpuesto por D. Samuel, frente a la Sentencia 303/2017, de 9 de octubre, del Juzgado de lo Social nº. 4 de Santa Cruz de Tenerife en sus Autos nº. 81/2017, sobre desistimiento de solicitud de prestaciones de desempleo. Habiendo sido ponente el Magistrado D. FÉLIX BARRIUSO ALGAR, quien expresa el parecer de la Sala.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Primero.**

Por parte de D. Samuel se presentó el día 24 de enero de 2017 demanda frente al Servicio Público de Empleo Estatal, en la cual alegaba que el 27 de junio de 2016 había presentado ante el demandado escrito de desistimiento de la solicitud de reanudación de prestaciones de desempleo presentada por el demandante el 8 de junio de 2016, pero que el demandado no atendió al desistimiento y dictó el 20 de septiembre de 2016 resolución sobre "denegación de prestación por desempleo" (sic), que el actor consideraba que no era ajustada a derecho porque se debió atender al desistimiento y la sanción de extinción de la prestación no era firme, y que cuando se produjo el hecho sancionado y la visita de inspección, el actor no era beneficiario de prestaciones por desempleo. Terminaba la demanda solicitando que se dictara sentencia por la que se tuviera por desistida la prestación por desempleo solicitada en su día.

#### **Segundo.**

Turnada la anterior demanda al Juzgado de lo Social número 4 de Santa Cruz de Tenerife, autos 81/2017, en fecha 3 de octubre de 2017 se celebró juicio en el cual la parte demandada se opuso a la demanda alegando que no se podía acceder al desistimiento una vez aprobada la prestación; que tampoco cabía la renuncia a la prestación mientras hubiera expediente sancionador en curso; y que la sanción impuesta al actor era ajustada a

derecho porque actualmente el artículo 26 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social no exige la percepción efectiva de las prestaciones de desempleo para incurrir en la conducta sancionable.

**Tercero.**

Tras la celebración de juicio, por parte del Juzgado de lo Social se dictó el 9 de octubre de 2017 sentencia con el siguiente Fallo:

"Debo desestimar y desestimo la demanda presentada por Don Samuel frente al Servicio Público de Empleo Estatal, y en su consecuencia, se absuelve a la demandada de todos los pedimentos deducidos en su contra".

**Cuarto.**

Los hechos probados de la sentencia de instancia tienen el siguiente tenor literal:

"PRIMERO.- La actora solicitó prestaciones por desempleo que le fueron reconocidas por resolución del organismo demandado de 18 de septiembre de 2015, con 720 días de derecho, con una base reguladora diaria de 41,77 y por el periodo de 13 de septiembre de 2015 a 12 de septiembre de 2017. (folio 31 de los autos)

SEGUNDO.- La actora solicitó reanudación de prestaciones por desempleo que le fueron reconocidas por resolución del organismo demandado de 8 de junio de 2016, con 720 días de derecho, con una base reguladora diaria de 41,77 y por el periodo de 5 de mayo de 2016 a 16 de septiembre de 2017. (folio 33 de los autos)

TERCERO.- El 1 de agosto de 2016, se levanta acta de infracción por la Inspección de Trabajo en virtud de visita girada el 9 de junio de 2016, por la que se sanciona al demandante con la imposición de una sanción consistente en extinción de la prestación o subsidio por desempleo desde el 9 de septiembre de 2016 con reintegro de las cantidades indebidamente percibidas, en su caso, por compatibilizar la percepción de la prestación por desempleo con el trabajo por cuenta ajena. (folios 38 a 41 de los autos)

CUARTO.- En fecha 20 de septiembre de 2016 se dicta resolución de extinción de prestaciones. (folio 46 de los autos)

QUINTO.- En fecha 27 de junio de 2016, el actor formula petición de desestimación.

(folio 34 de los autos)

SEXTO.- El 24 de julio de 2017 se dicta resolución que vuelve a desestimar la reclamación previa con base al informe de la inspección de trabajo.

(folios 60 a 61 de los autos)

SÉPTIMO.- En fecha 20 de julio de 2015, el actor formuló reclamación administrativa previa, que fue desestimada por resolución de 3 de septiembre de 2015. (folio 61)".

**Quinto.**

Por parte de D. Samuel se interpuso recurso de suplicación contra la anterior sentencia; dicho recurso de suplicación fue impugnado por el Servicio Público de Empleo Estatal.

**Sexto.**

Recibidos los autos en esta Sala de lo Social el 19 de enero de 2018, los mismos fueron turnados al ponente designado en el encabezamiento, señalándose para deliberación y fallo el día 20 de septiembre de 2018.

**Séptimo.**

En la tramitación de este recurso se han respetado las prescripciones legales, a excepción de los plazos dado el gran número de asuntos pendientes que pesan sobre este Tribunal.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO****Primero.**

Se mantienen en su integridad los hechos probados de la sentencia de instancia, al no haberse planteado motivos de revisión fáctica.

#### **Segundo.**

El demandante era beneficiario de prestaciones de desempleo desde septiembre de 2015. Tras una interrupción del abono de la prestación por colocación en una empresa, solicitó la reanudación de las prestaciones, que le fue reconocida en resolución de 8 de junio de 2016. El 9 de junio de 2016 se giró visita de inspección de trabajo en la cual se comprobó que el actor estaba trabajando, pese a figurar de alta como beneficiario de prestaciones, levantándose acta de infracción contra el trabajador el 1 de junio de 2016 (por compatibilizar las prestaciones de desempleo con trabajo por cuenta ajena). El 26 de junio de 2016 el actor formuló petición de desistimiento de la solicitud de reanudación alegando que había vuelto a trabajar, pero (esto no se refleja en hechos probados, sino en una resolución de 13 de julio de 2016, acompañada a la demanda) el Servicio Público de Empleo Estatal inadmitió el desistimiento porque ya se había resuelto la solicitud de reanudación. Posteriormente, el Servicio Público de Empleo Estatal impuso al actor una sanción de extinción de prestaciones de desempleo por compatibilizar el trabajo por cuenta ajena con la percepción de prestaciones de desempleo. El actor al parecer ha presentado demanda contra esta sanción alegando que no se llegó a producir cobro indebido y que se le tenía que dar por desistido de la prestación por desempleo solicitada en su fecha, pero la demanda rectora de los presentes autos solamente solicita que se acepte la solicitud de desistimiento presentada a finales de junio de 2016. La sentencia de instancia desestima la demanda; da por hecho conforme que en realidad el actor no llegó a cobrar las prestaciones tras el 9 de junio de 2016, pero entiende que concurre el tipo del artículo 26 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, porque a partir de la reforma operada por la Ley 13/2012 basta compatibilizar la mera solicitud de la prestación con el trabajo por cuenta ajena (sin ser necesaria la percepción), y que además el desistimiento de la solicitud de reanudación de la prestación de desempleo es posterior al acta de infracción. Disconforme con esta sentencia, la recurre en suplicación el demandante, pretendiendo que se revoque y por la Sala se dicte otra sentencia que estime totalmente la demanda, para lo cual plantea, al amparo del artículo 193.c de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, un único motivo de examen de infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia. El recurso ha sido impugnado por el Servicio Público de Empleo Estatal, quien se opone al mismo y pide que se desestime, confirmándose el pronunciamiento de instancia.

#### **Tercero.**

El actor considera que se ha producido una incorrecta aplicación del artículo 26 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones de Orden Social, en relación al artículo 221.1 de la Ley General de la Seguridad Social y 6bis, apartado 3, del Real Decreto 625/1985, pues considera el recurrente que el desistimiento planteado frente al demandado debió ser estimado íntegramente, y con ello, no debería haber procedido a iniciar expediente sancionador alguno, y además en ningún momento la parte actora recibió prestación económica de la entidad gestora, por lo que a la fecha de la visita de inspección, el 9 de junio de 2016, no era beneficiario de prestaciones por desempleo, lo que excluye la aplicación del tipo sancionador del artículo 26.2 de la Ley de Infracciones y Sanciones de Orden Social.

#### **Cuarto.**

La demanda en realidad desconoce que hubo resolución expresa de la entidad gestora sobre la solicitud de desistimiento (pese a que tal resolución rechazando el desistimiento se aporta con la propia demanda), y el motivo para rechazar tal desistimiento fue el mismo que luego la entidad gestora reiteró en contestación a la demanda y en la impugnación del recurso: que no procedía tener al actor por desistido de su solicitud de reanudación de la prestación desde el momento en que tal solicitud ya había sido resuelta, en sentido estimatorio, el 8 de junio de 2016, y el desistimiento se presentó el 27 de junio de 2016. Es decir, entendía y entiende la entidad gestora que una solicitud solo puede ser desistida mientras no haya resolución administrativa resolviendo la misma.

#### **Quinto.**

En la normativa administrativa vigente a la fecha de la solicitud y de la petición de desistimiento (los artículos 87, 90 y 91 de la Ley 30/1992) el desistimiento se configuraba como una de las formas de terminación de un

procedimiento administrativo, y conforme al artículo 42.1 de la misma Ley 30/1992, que establece la obligación de la administración de forma expresa, cuando se produce desistimiento la resolución consistirá simplemente "en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables". Ciertamente, en esa normativa no se indica si el desistimiento ha de ser en todo caso anterior a que se resuelva el expediente administrativo; pero teniendo en cuenta que el artículo 90.1 de la Ley 30/1992 habla de "desistir de su solicitud", que los actos administrativos se presumen válidos y producen efectos como regla general desde la fecha de su dictado ( artículo 57.1 de la Ley 30/1992), y no pueden ser dejados sin efecto más que por los cauces legalmente previstos ( artículos 102 a 119 de la Ley 30/1992), entre los cuales no está el desistimiento de la solicitud, la interpretación hecha por la entidad gestora, que consideró el desistimiento extemporáneo por haber ya resolución expresa (o, dicho de otro modo, que no cabe admitir el desistimiento de un expediente administrativo cuando ya ha recaído resolución final), no se puede considerar irrazonable. En consecuencia, habiendo resolución expresa de la solicitud, no cabe dejar tal resolución sin efecto por mero desistimiento de la solicitud, sino que el interesado tendrá en su caso o que renunciar al derecho sustantivo reconocido en la solicitud, o bien impugnar la resolución expresa sobre la prestación, si la considera desfavorable.

#### **Sexto.**

En cualquier caso, el demandante, que ni ha presentado renuncia ni ha impugnado la resolución de 8 de junio de 2016 reanudando sus prestaciones de desempleo, ni siquiera se molesta en combatir los argumentos de la resolución administrativa expresa que rechazó tenerlo por desistido de la solicitud de prestaciones, y no aporta argumentos que permitan refutar la interpretación de la institución del desistimiento, pues se limita a insistir en que se le debía tener por desistido, sin dar argumentos jurídicos para ello. Lo expuesto en el precedente fundamento de derecho, sin embargo, lleva a considerar que el rechazo del desistimiento de una solicitud que ya había sido estimada de forma expresa fue correcto.

#### **Séptimo.**

Por lo demás, y dejando aparte tanto que el desistimiento de la solicitud que se presentó el 27 de junio de 2016 es una evidente reacción a la visita de inspección girada el 9 de junio, como que el objeto del presente procedimiento no es, realmente, la sanción impuesta posteriormente por el Servicio Público de Empleo Estatal, que el actor dice que ha impugnado en otra demanda (y aunque es evidente que con el desistimiento pretende eludir la imposición de la sanción), lo cierto es que el juzgador de instancia tiene razón cuando señala que en 2012 se modificó el artículo 26.2 de la Ley de Infracciones y Sanciones de Orden Social, pasando el mismo a sancionar, con efectos desde el 28 de diciembre de 2012, el "compatibilizar la solicitud o el percibo de prestaciones o subsidio por desempleo, así como la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos con el trabajo por cuenta propia o ajena, salvo en el caso del trabajo a tiempo parcial en los términos previstos en la normativa correspondiente", cuando la redacción anterior -aplicada, por ser la normativa vigente a la fecha de cometerse los hechos sancionados, tanto por esta Sala de Santa Cruz de Tenerife en su rollo de suplicación 875/2014, como por la Sala IV del Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de diciembre de 2006, recurso 3344/2005- lo que se sancionaba era solamente compatibilizar el percibo de la prestación con un trabajo remunerado que no fuera a tiempo parcial. Con lo cual parece que desde finales de 2012 el tipo se amplía y se pasa a sancionar el mero hecho de estar trabajando pese a haber pedido el reconocimiento de prestaciones de desempleo, con independencia de si tales prestaciones se han percibido o no de forma efectiva. Con lo cual, se deben rechazar las infracciones jurídicas que se denuncian en el recurso y se ha de confirmar el pronunciamiento de instancia.

#### **Octavo.**

Gozando la parte vencida de beneficio de justicia gratuita por disposición legal al ser trabajador o beneficiario de seguridad social ( artículo 2.d de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita), de conformidad con el artículo 235 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, no procede la imposición de costas.

### **FALLAMOS**

Desestimamos íntegramente el recurso de suplicación presentado por D. Samuel, frente a la Sentencia 303/2017, de 9 de octubre, del Juzgado de lo Social nº. 4 de Santa Cruz de Tenerife en sus Autos de Seguridad

Social 81/2017, sobre desistimiento de solicitud de prestaciones de desempleo, la cual se confirma en todos sus extremos. Sin expresa imposición de costas de suplicación.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social N° 4 de Santa Cruz de Tenerife, con testimonio de la presente una vez firme esta sentencia.

Notifíquese esta Sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

Se informa a las partes que contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para Unificación de Doctrina, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social, dentro de los diez días siguientes a la notificación de la sentencia, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011, de 11 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

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

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.