

MIGUEL ÁNGEL PURCALLA BONILLA

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.
Universidad Rovira i Virgili (Tarragona)*

Extracto:

LA Ley 45/2002, de 12 de diciembre, contempla un procedimiento judicial específico activable por el INEM en el supuesto de que éste: a) constata la reiteración de contratos temporales con una misma empresa, y b) estime dicha situación como constitutiva de un abuso de derecho o de un fraude de ley en orden al acceso a prestaciones por desempleo. En este trabajo se analizan, desde una perspectiva jurídico-crítica, las principales claves para la comprensión de dicho procedimiento, concordándolas también con las Instrucciones Provisionales dictadas, el 21-1-2003, por la Dirección General del INEM para la aplicación de las modificaciones que introduce la Ley 45/2002 en el sistema de protección por desempleo.

Sumario:

I. El problema anunciado (y la regulación inacabada y desenfocada) de un nuevo procedimiento «de oficio»: la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto-Ley 5/2002.

I.1. Regulación procesal contemplada.

I.1.1. Supuesto de hecho.

I.1.2. *Petitum*.

I.1.3. Efectos de la sentencia.

I.2. Problemática planteada.

I.2.1. Proceso a seguir: el laberinto jurídico de determinar el cauce adecuado para su tramitación judicial.

I.2.2. Problemas procesales específicos.

I.2.3. Una previsión procesal no suficientemente justificada y con un trasfondo de «trituradora legislativa» de cierta doctrina jurisprudencial.

II. La regulación vigente del procedimiento de oficio en materia de prestaciones por desempleo: la Ley 45/2002, de 12 de diciembre.

II.1. Tipo de procedimiento: ¿de Seguridad Social o de oficio?

II.2. Inicio práctico del procedimiento.

II.3. Legitimación, plazo de ejercicio de la acción y características singulares de la demanda (*comunicación*).

II.4. Aspectos del desarrollo del procedimiento.

Bibliografía.

I. EL PROBLEMA ANUNCIADO (Y LA REGULACIÓN INACABADA Y DESENFOCADA) DE UN NUEVO PROCEDIMIENTO «DE OFICIO»: LA DISPOSICIÓN ADICIONAL TERCERA DEL REAL DECRETO-LEY 5/2002

I.1. Regulación procesal contemplada.

La Disposición Adicional Tercera del Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad ¹, rubricada «Reiteración en la contratación temporal», *introdujo una previsión sin precedentes en nuestra legislación laboral y de seguridad social*. En efecto, dicha disposición adicional, inaplicada por cierto pues como se dirá estaba condicionada a la modificación de la Ley de Procedimiento Laboral, vino a establecer, a trazos gruesos, una *singular y controvertida regulación procesal* que atribuía a la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo la facultad de iniciar un proceso «de oficio» en el supuesto de que fuera constatada la reiteración de contratos temporales, constitutivos de un abuso de derecho o de un fraude de ley. La referida regulación se basaba, a los efectos que aquí hacen al caso, en los tres siguientes parámetros normativos:

I.1.1. Supuesto de hecho.

El Instituto Nacional de Empleo (INEM) podía iniciar el correspondiente procedimiento de oficio (así lo parecía, cuando menos) ante la autoridad judicial (*rectius*, Juzgado de lo Social de la circunscripción de la correspondiente oficina de empleo), en el caso de solicitud de prestación de desempleo por parte de un trabajador que hubiera tenido de forma reiterada contratos temporales con una misma empresa, cuando se entendiera, por parte de dicho órgano administrativo, que tal situación pueda ser constitutiva de fraude de ley o de abuso de derecho. Éste era el único supuesto de hecho previsto en la norma, pues otras hipótesis jurídicamente imaginables no entraban (*ni entran tampoco ahora*, tras la convalidación parlamentaria y aprobación del texto legal que sustituye al «Decretazo»: Ley 45/2002, de 12 de diciembre ²) en este nuevo procedimiento. Me refiero, en espe-

cial y con base en la STS de 6-3-2001 (RJ 2001/2835), a la conveniencia, finalmente desechada por el legislador de la Ley 45/2002, de que este mismo procedimiento pudiera activarse en otro caso de fraude de ley: la existencia de un único contrato temporal en el que los servicios prestados por el trabajador hayan excedido, con mucho, del inicialmente previsto ³.

1.1.2. Petitum.

La «demanda» (*rectius*, comunicación) del INEM debía solicitar tanto la consideración de la relación laboral como indefinida, cuanto la readmisión del trabajador. En este caso, el trabajador percibiría la prestación derivada de la extinción del contrato provisionalmente, a la espera del pronunciamiento judicial.

1.1.3. Efectos de la sentencia.

Si la sentencia judicial consideraba la relación indefinida y, en consecuencia, ordenaba la readmisión, las cantidades percibidas en concepto de prestación por desempleo se consideraban *indebidas por causa no imputable al trabajador*. De esta forma, el INEM cesaría en su abono (que hasta la fecha, como se ha apuntado, se entendía provisional por extinción de contrato temporal y concurrencia de demás requisitos de acceso), y reclamaría a la empresa tanto las cotizaciones a la Seguridad Social efectuadas, como el ingreso de las cantidades percibidas por el trabajador, deduciéndolas de los salarios dejados de percibir y con el límite de la suma de los mismos. Además, el empresario debía cursar el alta del trabajador con efectos desde la fecha del despido o extinción inicial (readmisión obligada, pues), cotizando por ese período, que se consideraba como de ocupación efectiva y cotizada a todos los efectos.

1.2. Problemática planteada.

La regulación acogida por el Real Decreto-Ley 5/2002 planteaba múltiples problemas e incógnitas de difícil resolución. A saber:

1.2.1. Proceso a seguir: el laberinto jurídico de determinar el cauce adecuado para su tramitación judicial.

No resultaba del todo claro (aunque así lo pareciera de una interpretación literal de la norma) que el procedimiento fuera el de oficio, en tanto no se modificara la Ley de Procedimiento Laboral en este punto y se incluyera como supuesto expreso. Algunos autores entendieron, no sin cierta dosis de razón, que esa omisión podía salvarse por la interpretación sistemática del artículo 146.c) con el artículo 149 de la Ley de Procedimiento Laboral («comunicaciones de la autoridad laboral») ⁴.

Por el contrario, otros autores subrayaron que no se trataba de un procedimiento de oficio, pues: – aquí no demandaba la «autoridad laboral», sino el INEM; y – como obstáculo a la consideración como procedimiento de oficio, aparecía también la radical imposibilidad de aplicar lo dispuesto en el artículo 148.1.d) de la Ley de Procedimiento Laboral (en adelante, TRLPL), según el cual «las afirmaciones de hechos que se contengan en la resolución o comunicación base del proceso (de oficio) harán fe salvo prueba en contrario, incumbiendo toda la carga de la prueba a la parte demandada» (interpretación sistemática de los arts. 150.3 y 149 TRLPL), pues aquí incumbía *probatio qui affirmat* y, por tanto, al INEM ⁵. Como se verá, el tenor de la reforma operada por Ley 45/2002 apunta precisamente en sentido inverso: el nuevo artículo 145 bis TRLPL reproduce ahora, prácticamente, de forma literal lo indicado en el artículo 148.1.d) TRLPL, de forma que esa «radical imposibilidad» indicada ha desaparecido.

Así las cosas, tampoco quedaba nada claro si el procedimiento debía ser el de Seguridad Social, porque se trataba de un pleito que afectaba al contrato de trabajo (reclamación de la relación laboral como indefinida y readmisión del trabajador), aunque también estaba en juego una prestación de desempleo. Sin embargo, ahora la Ley 45/2002 lo enmarca claramente, con mayor o menor acierto de técnica jurídica (pues ésta es harina de otro costal, según veremos), como tal.

No quedaba tampoco diáfano, desde luego, si el procedimiento a seguir debía ser el de despido, aunque un cualificado sector doctrinal sostuvo que así era ⁶. En concreto y salvo mejor parecer, entiendo que no era este procedimiento el adecuado porque: – no accionaba el trabajador, sino el INEM; – no puede aplicarse el plazo de caducidad de 20 días hábiles (como así ha puesto de relieve la Ley 45/2002, al señalar que dicho plazo es, como se dirá, de 3 meses); – no podía activarse ejecución provisional *ex* artículo 295 TRLPL ⁷.

Por exclusión y dada la enjundia del asunto, algunos autores señalaron que el proceso a seguir debía ser, en la práctica, el ordinario ⁸, opinión que desde el punto de vista aplicativo parece la más correcta, pues es sabido que, por tradición, cuando las Entidades Gestoras tienen la legitimación activa, sus pretensiones contra los beneficiarios se encauzan a través del procedimiento ordinario ⁹.

Pese a ello, algunas aristas seccionan en parte esta consideración incondicional por el procedimiento ordinario. En efecto y si bien se mira, es lo cierto que tanto lo dilatado del plazo (1 año, plazo genérico de prescripción), cuanto el concreto tema debatido lo entroncaba más con un despido objetivo nulo por defectos de forma, que con una pretensión ejercitable a través del procedimiento ordinario. En efecto, como señaló MARTÍNEZ GIRÓN, las similitudes entre el procedimiento diseñado por el Real Decreto-Ley 5/2002 y el previsto para la impugnación del despido objetivo nulo por defectos de forma eran varias. Así:

- 1.º El empresario dio al trabajador preaviso de cese, por lo normal escrito, por cumplimiento del término pactado (abusivo o fraudulento, a juicio del INEM), lo que lógicamente excluía la existencia de razones disciplinarias en la extinción de contrato.

- 2.º El presupuesto de la condena pretendida por el INEM era «la declaración de la relación laboral como indefinida», lo que lógicamente abocaba (excluida la existencia de razones extintivas disciplinarias) a la causa objetiva de extinción del artículo 52 c) ET, presuponiendo así que si el empresario extinguió lo que era indefinido, es porque entendía que el trabajador cesado era personal sobrante.
- 3.º Presumido lo anterior, resulta lógico que el INEM pretendiera igualmente obtener del juez «la readmisión del trabajador», que es justamente la consecuencia anudada a la declaración de nulidad de un despido objetivo, aquí por defecto de forma, por los artículos 53.4 y 53.5 del Estatuto de los Trabajadores.
- 4.º En fin, existía además cierta analogía entre el despido objetivo formalmente nulo y esta acción del «Decretazo», en el punto y hora en que existe idéntica solución a la hora de concebir las prestaciones por desempleo provisionalmente percibidas: «se considerarán indebidamente percibidas por causa no imputable al trabajador», a lo que se anudaba que «la Entidad Gestora cesará en el abono de las prestaciones por desempleo y reclamará las cotizaciones a la Seguridad Social efectuadas», y el empresario, además de tener que readmitir al trabajador y pagarle los salarios de tramitación correspondientes, debía ingresar a la Entidad Gestora las cantidades percibidas por el trabajador e instar el alta en la Seguridad Social con efectos desde la fecha del despido o extinción inicial cotizando por ese período, que se consideraba como de ocupación cotizada a todos los efectos.

1.2.2. Problemas procesales específicos.

Si el procedimiento práctico que debía seguirse, *servata distantia* y dadas las dificultades interpretativas abiertas por la norma en los términos que se han visto, era el ordinario, es claro que la innecesariedad de plantear papeleta de conciliación preprocesal o reclamación administrativa previa, a efectos de tramitación de la demanda del INEM frente a trabajador y empresario, era la *consecuencia lógica* de la reiterada doctrina jurisprudencial establecida a propósito del artículo 145 TRLPL, relativa a que cuando una Entidad Gestora demanda por los trámites del proceso laboral ordinario, no hace falta haber efectuado ni una declaración previa de lesividad, ni una reclamación previa, ni tampoco un intento de conciliación extrajudicial.

También claro resultaba, a mi juicio, que la calificación judicial de la naturaleza del contrato como indefinido debía acarrear *lege ferenda* la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones, antes que la situación *lege data* de readmisión. Sostener lo contrario suponía que nos encontráramos con que si el INEM impugnaba el despido podía obtenerse la calificación de nulo (en una suerte de extraña «resurrección» del despido nulo en fraude de ley, como señalara el profesor VALDÉS DAL-RÉ), mientras que si quien impugnaba era el trabajador, a lo sumo obtendría declaración de improcedencia, situación que no parece demasiado lógica, pero que es a la que abocaba la redacción de la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto-Ley 5/2002¹⁰. Es por ello que la Ley 45/2002, como veremos, atiende a estas razones y declara la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de desempleo en los términos que se dirán, arrumbando ya el tremedal jurídico derivado de la calificación del contrato como indefinido y de los vericuetos anudados a dicha calificación.

Otros temas procesales, de no menor importancia, quedaban pendientes de solución en la desenfocada e incompleta regulación prevista, una vez más y no por causalidad (las prisas no son buenas consejeras, como bien conoce la sabiduría popular, y menos en la Ciencia del Derecho) por el Real Decreto-Ley 5/2002. Así, temas como el *plazo para accionar*, las *situaciones litisconsorciales* (pasivo necesario, parecía, en cuanto que trabajador y empresario eran partes de un contrato temporal pretendidamente abusivo o fraudulento, seguramente impuesto por el empresario y del que el trabajador se desentendió), o el *dies a quo* han tenido que esperar a la Ley 45/2002 para obtener cumplida regulación.

1.2.3. Una previsión procesal no suficientemente justificada y con un trasfondo de «tritadora legislativa» de cierta doctrina jurisprudencial.

La *carencia de justificación explícita*, en la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 5/2002, del porqué de la Disposición Adicional Tercera y su constructo procesal, fue, una vez más con razón, motivo de acerada crítica por la utilización de un Decreto-Ley en un supuesto material carente de «urgente necesidad». En efecto, la comentada previsión legal era de todo punto inoperante en tanto no se modificara la Ley de Procedimiento Laboral, por lo que, como señalara con su habitual elegancia argumental el profesor VALDÉS DAL-REÉ, «atendiendo no a su contenido sino a su estructura, el mencionado pasaje de la norma de excepción no innova el ordenamiento jurídico; no modifica, por decirlo en los términos de la STC 29/1986, de 31 de mayo, "de manera instantánea una situación jurídica existente", por lo que de ella no puede predicarse en absoluto la justificación de la extraordinaria y urgente necesidad». En consecuencia, como señala el indicado profesor, «La respuesta normativa no puede calificarse de adecuada a la necesidad perseguida».

Así las cosas, creo que es claro que, en la mente del Gobierno impulsor del Real Decreto-Ley 5/2002, figuraba la *preclara intención de dar respuesta*, por la vía contundente del BOE, a la doctrina deducible de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6-3-2001 (RJ 2001/2835). En la referida sentencia del Tribunal Supremo, dictada en unificación de doctrina a propósito de la negación por el INEM de que hubiese situación legal de desempleo en un caso de existencia de sucesivos contratos temporales fraudulentos celebrados para la realización de obra o servicio determinado (ante cuya extinción por denuncia del término se había aquietado –no impugnándola– el trabajador), se concluyó lo siguiente:

- 1.º Que la falta de reclamación jurisdiccional del trabajador ante la decisión empresarial de extinción del contrato de trabajo suscrito como por tiempo determinado, no convierte a dicha extinción en cese por voluntad del trabajador, ni equivale tampoco a renuncia de derecho. Se interpreta de este modo, al igual que sucede en el caso de despido objetivo practicado por la empresa sin observar las formalidades legales ¹¹, que, salvo connivencia fraudulenta entre empresario y trabajador ¹², no es precisa la impugnación por parte del trabajador de la decisión empresarial para acceder a la prestación por desempleo.
- 2.º Que no puede exigirse al trabajador cesado que se convierta en garante del ordenamiento jurídico en materia de protección por desempleo mediante la reclamación jurisdiccional frente a posibles causas de irregularidad de la denuncia empresarial de un contrato que, en

el momento de su celebración, fue suscrito como por tiempo determinado. En otras palabras, si existe una apariencia extintiva formal suficiente de un contrato temporal que en realidad no era tal (sino indefinido por fraude de ley: art. 15.3 ET), que haga razonable la creencia del trabajador de que el empresario podía extinguir su relación laboral, no se puede exigir al trabajador que impugne la extinción del contrato para acceder a la prestación por desempleo ¹³.

- 3.º Que salvo connivencia para adquisición fraudulenta de prestaciones por desempleo, la terminación del contrato de trabajo por tiempo determinado por voluntad de la empresa ha de subsumirse en el artículo 208.1.f de la Ley General de la Seguridad Social, según el cual se encuentran en situación legal de desempleo quienes vean extinguida su relación laboral «por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, siempre que dichas causas no hayan actuado por denuncia del trabajador».
- 4.º Concluye de lo anterior el Tribunal Supremo que «no es exigible al trabajador cesado que efectúe una calificación jurídica de las condiciones del contrato para indagar sobre una posible causa de ilegalidad que invalide la cláusula de temporalidad del mismo y presente una demanda por despido con carácter *ad cautelam* por si ciertamente el contrato es indefinido y el cese (...) constituye despido», pues «la regulación de los contratos temporales es muy compleja (...) y no es razonable entender que los trabajadores deban conocer con precisión la minuciosa regulación de la misma en la medida suficiente como para que puedan calificar la validez de la cláusula de la temporalidad e impugnen la decisión empresarial de denuncia del contrato, cuando éste pudiera haberse convertido en indefinido».

II. LA REGULACIÓN VIGENTE DEL PROCEDIMIENTO DE OFICIO EN MATERIA DE PRESTACIONES POR DESEMPLEO: LA LEY 45/2002, DE 12 DE DICIEMBRE

II.1. Tipo de procedimiento: ¿de Seguridad Social o de oficio?

Es claro que el procedimiento diseñado pretende encajar con los denominados *procedimientos en materia de Seguridad Social*: tanto su ubicación sistemática como parte de su contenido apunta en esta dirección. Pese a ello y como se verá, algunos de sus contenidos entroncan materialmente con el denominado *procedimiento de oficio* (arts. 146 a 150 TRLPL), por lo que no me parece una exageración señalar que el nuevo procedimiento del artículo 145 bis TRLPL es un *híbrido* entre el procedimiento en materia de Seguridad Social y el procedimiento de oficio, *y desde luego es tan cercano a éste como a aquél*. De hecho, la miscelánea de contenidos que incorpora este procedimiento ha facilitado que algunos autores ya hayan señalado que se trata de un procedimiento ordinario con peculiaridades ¹⁴.

Así las cosas, es cierto que el INEM no es la «autoridad laboral» a la que alude el procedimiento de oficio y que el telón de fondo de la reclamación es la devolución por parte del empresario de las prestaciones por desempleo percibidas por un trabajador durante los últimos cuatro años, que tengan

como causa la extinción de reiterados contratos temporales con aquella misma empresa, y siempre que dichos contratos se demuestren como fraudulentos o abusivos, claro es. Sin embargo, no es menos cierto que la especialidad del proceso de oficio no deriva sólo de la naturaleza de la pretensión ejercitada, sino también de la propia vía de incoación del proceso: en este caso, mediante un documento (comunicación) al que la Ley atribuye la eficacia de demanda ¹⁵. Ahora bien, no debe olvidarse que las comunicaciones de oficio no son «demandas» exclusivas de la modalidad procesal específica de procedimiento de oficio ¹⁶, pues, por ejemplo, también están previstas, como fórmula de iniciación del procedimiento, en el caso de conflictos colectivos y de impugnación de convenios colectivos.

Así las cosas, el apartado dos del artículo sexto del capítulo V de la Ley 45/2002, *introduce un nuevo artículo 145 bis*, dentro del capítulo VI, «De la Seguridad Social», del Título II del Libro II del TRLPL, con la siguiente redacción:

«1. Cuando la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo constate que, en los cuatro años inmediatamente anteriores a una solicitud de prestaciones, el trabajador hubiera percibido prestaciones por finalización de varios contratos temporales con una misma empresa, podrá dirigirse de oficio a la autoridad judicial demandando que el empresario sea declarado responsable del abono de las mismas, salvo de la prestación correspondiente al último contrato temporal, si la reiterada contratación temporal fuera abusiva o fraudulenta, así como la condena al empresario a la devolución a la Entidad Gestora de aquellas prestaciones junto con las cotizaciones correspondientes.

A la comunicación, que tendrá la consideración de demanda, deberá acompañarse copia del expediente o expedientes administrativos en que se fundamente, y en la misma se consignarán los requisitos generales exigidos por la presente Ley para las demandas de los procesos ordinarios.

La comunicación podrá dirigirse a la autoridad judicial en el plazo de los tres meses siguientes a la fecha en que se hubiera formulado la última solicitud de prestaciones en tiempo y forma.

Lo dispuesto en este apartado no conllevará la revisión de las resoluciones que hubieran reconocido el derecho a las prestaciones por desempleo derivadas de la finalización de los reiterados contratos temporales, que se considerarán debidas al trabajador.

2. El Juez examinará la demanda antes de decretar su admisión, al efecto de comprobar si reúne todos los requisitos exigidos, advirtiendo a la Entidad Gestora, en su caso, los defectos u omisiones de que adolezca, a fin de que sean subsanados en el término de diez días.

3. Admitida a trámite la demanda, continuará el procedimiento con arreglo a las normas generales de la presente Ley, con las especialidades siguientes:

a) El empresario y el trabajador que hubieran celebrado los reiterados contratos temporales tendrán la consideración de parte en el proceso, si bien no podrán solicitar la suspensión del proceso ni el trabajador desistir. Aun sin su asistencia, el procedimiento se seguirá de oficio.

b) Las afirmaciones de hechos que se contengan en la comunicación base del proceso harán fe, salvo prueba en contrario, incumbiendo la carga de la prueba al empresario demandado.

4. La sentencia que estime la demanda de la Entidad Gestora será inmediatamente ejecutiva.

5. Cuando la sentencia adquiriera firmeza se comunicará a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

En el supuesto de que con base en la declaración de hechos probados que figure en la sentencia se extienda, en su caso, acta de infracción por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 149.2 de la presente Ley».

En concordancia sistemática con la anterior previsión, la Disposición Transitoria Novena de la Ley 45/2002 señala lo siguiente:

«La comunicación de la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo a que se refiere el nuevo artículo 145 bis de la Ley de Procedimiento Laboral se podrá dirigir a la autoridad judicial cuando el último de los reiterados contratos temporales entre el trabajador y la misma empresa se hubiera concertado tras la entrada en vigor de la presente Ley».

En las líneas que siguen, toda vez se ha indicado ya el contenido de la nueva regulación, voy a tratar de trazar las *líneas maestras* de este nuevo procedimiento «de Seguridad Social» en materia de prestaciones de desempleo conexas a la contratación laboral temporal fraudulenta o abusiva.

II.2. Inicio práctico del procedimiento.

Cuando empleo la expresión «inicio práctico» me refiero al momento en el que el INEM podrá ya utilizar esta vía procesal del nuevo artículo 145 bis TRLPL. A este respecto, las indicaciones que el lector debe tener presentes son las siguientes:

A) La *comunicación* de la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo se podrá dirigir ante el Juzgado de lo Social *cuando el último de los reiterados contratos temporales entre el trabajador y la misma empresa se hubiera concertado tras la entrada en vigor de la Ley 45/2002.*

B) *Ergo*, cuando el último contrato temporal entre un trabajador y una empresa se concierte *desde el 14-12-2002* (día siguiente a la publicación en el BOE de la citada Ley, y fecha de entrada en vigor de la misma a lo que aquí interesa), puede entrar en juego, *en el momento de la extinción de dicho contrato* (inicio del procedimiento *diferido*, pues, al momento de dicha extinción y a la solicitud subsiguiente de prestaciones por desempleo), esta nueva variante de proceso en materia de Seguridad Social.

II.3. Legitimación, plazo de ejercicio de la acción y características singulares de la demanda (comunicación).

1.º La legitimación activa corresponde a la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo, esto es (pendiente aún a día de hoy la ya recurrente reivindicación de transferencia competencial a las Comunidades Autónomas de la gestión de dicha prestación), al INEM, que podrá dirigirse «de oficio» al Juzgado de lo Social. Lógicamente, no se exige vía de conciliación extrajudicial previa (reclamación previa ni conciliación), dada la consideración del organismo público que presenta la demanda.

La legitimación pasiva corresponde, en régimen de *litisconsorcio pasivo necesario*, a empresario y trabajador que hubieran celebrado los reiterados contratos temporales, de cuya consideración como fraudulentos o abusivos trae causa el procedimiento judicial. Las dudas que suscita este punto son evidentes: ¿ostenta legitimación pasiva un grupo de empresas? ¿y una empresa de trabajo temporal? La respuesta a ambas preguntas es, a mi juicio, la siguiente:

- En los «grupos de empresas», o, mejor, en la empresa con estructura de grupo, el INEM dirigirá la acción contra una de las empresas del mismo, que en la práctica será aquella en la que el trabajador prestaba sus servicios a través del último contrato. En el caso de grupo de empresas, pues, no es necesario que el INEM demande a todas las empresas que componen el grupo (aunque desde luego puede hacerlo, y acaso sea lo mejor para trabar correctamente la relación jurídico-procesal, si dispone de los datos al respecto), ya que en los supuestos de responsabilidad solidaria no existe la situación de litisconsorcio pasivo necesario (aunque esta excepción procesal se opondrá por la demandada en la contestación a la comunicación), al poder dirigirse la acción contra cualquiera de los obligados, sin perjuicio de la repetición entre ellos.

Reténgase que, a efectos prácticos y en este procedimiento (en el que la dificultad con la que va a topar el INEM para detectar prácticas fraudulentas durante los últimos 4 años desde la solicitud de la prestación que activa los resortes jurídicos para detectar el fraude va a ser considerable), la identificación («levantamiento del velo») del grupo de empresas puede llevarse a cabo por un doble cauce: 1.º que así sea asumido por el propio grupo de empresas, ya tenga estructura vertical o de subordinación (por ejemplo, *holding* con sociedad matriz y filiales controladas), ya horizontal o de coordinación (por ejemplo, *joint ventures*); y/o 2.º que así se entienda en resolución judicial, sobre la base de la apreciación de los indicios al uso (unidad de administración o dirección económica, que corresponde a la sociedad matriz o dominante respecto a las filiales del grupo; prestación laboral indiferenciada; confusión de patrimonios y plantillas; comportamiento externo uniforme), que permiten atajar las prácticas irregulares en los grupos de empresa ¹⁷.

Debe tenerse en cuenta, además, que la jurisprudencia laboral ha tenido ocasión de analizar casos en los que, de forma fraudulenta, se configuran artificiosamente empresas aparentes y sin sustrato real como fórmula de elusión de responsabilidades respecto de

los trabajadores, pero que en realidad constituyen un grupo de empresas: así, por ejemplo, la infracapitalización (falta de provisión de un capital adecuado para el desarrollo de su objeto social, bien inicialmente, bien por haber sido desprovista después del mismo) de sociedades controladas por otras, o la creación de sociedades de carácter puramente instrumental para descapitalizar a otras con deudas laborales¹⁸. En estos casos, los Tribunales entienden que se utiliza abusivamente la personalidad jurídica diferenciada e independiente de cada una de las empresas del grupo en perjuicio de los trabajadores, por lo que, a mi juicio, sería de aplicación la responsabilidad solidaria (y, en consecuencia, la no existencia de litisconsorcio pasivo necesario) para estos casos. Si por el contrario no queda acreditada la existencia del grupo (por ejemplo, en caso de franquicia considerada como fenómeno singular de descentralización productiva¹⁹, o de agrupación de empresas sin personalidad jurídica que comparten una marca comercial y un *know how*, pero que operen como empresas laboralmente independientes), la legitimación pasiva empresarial habrá de ser imputada a un solo empresario: el titular de la empresa donde el trabajador haya suscrito el contrato de trabajo temporal fraudulento que activa la *indagación* por parte del INEM de las prestaciones obtenidas por desempleo fruto de los contratos temporales celebrados durante los últimos 4 años.

- En referencia a las empresas de trabajo temporal y empresas usuarias, es claro que el personal propio de cada una de ellas se rige por la regla general de legitimación pasiva del empresario antes anunciada. El problema surge con relación a los trabajadores cedidos: en este caso, si la ETT ha formalizado contratos temporales fraudulentos o abusivos con el mismo trabajador cedido a una o a varias usuarias (con los intervalos prestacionales de rigor), es claro que la legitimación pasiva corresponderá a la ETT. Si ha sido la misma usuaria siempre la destinataria de la prestación de servicios del mismo trabajador cedido, podría plantearse la hipótesis (conflictiva y discutible, desde luego) de litisconsorcio pasivo necesario (demanda del INEM contra ETT y usuaria) y de responsabilidad solidaria (de ambas empresas en orden al pago de prestaciones y al pago de cotizaciones): la razón (y la base de este planteamiento) pudiera ser la de que la usuaria *recibe copia* remitida por la ETT de los contratos de trabajo suscritos con el trabajador cedido (*ergo* no puede alegar desconocimiento de los contratos celebrados), pues dicha copia (y los contratos celebrados con trabajadores cedidos) debe llegar a conocimiento de los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria, *ex* artículo 9 de la Ley 14/1994, de 1 de junio (en su versión modificada por Ley 29/1999).

2.º El INEM debe dirigir la *comunicación* (que tiene la consideración de demanda) ante el Juzgado de lo Social, acompañada de copia del expediente o expedientes administrativos en que se fundamente, dentro del plazo de los *tres meses siguientes a la fecha en que se hubiera formulado la última solicitud de prestaciones en tiempo y forma*. El plazo de ejercicio de la acción es, por consiguiente, el de 3 meses, siendo el *dies a quo* el *día de presentación* por parte del trabajador de la solicitud de prestación por desempleo, que es pues el que abre la *indagación* por parte del INEM sobre el *historial prestacional* de dicho solicitante durante los últimos 4 años.

Señalado lo anterior, conviene ahora remarcar las siguientes precisiones:

A) REQUISITOS TEMPORAL, MATERIAL Y SUBJETIVO PARA ACTIVAR LA FISCALIZACIÓN.

El INEM, como presupuesto *sine qua non* de esta acción procesal, debe *constatar*:

- a) Requisito temporal: que *en los 4 años inmediatamente anteriores a una solicitud de prestaciones*, se hubieran percibido prestaciones por extinción de contratos temporales con la misma empresa. Este plazo concuerda sistemáticamente con el de prescripción de la acción de reclamación de oficio por parte del INEM al beneficiario de prestaciones indebidas de la devolución o reintegro de las mismas: 4 años (Ley 55/1999, de 29 de diciembre, que modifica el art. 45.3 de la Ley General de Seguridad Social, reduciéndose de 5 a 4 años dicho plazo a partir del 1-1-2000²⁰), a partir de la fecha de su cobro o desde que fue posible ejercitar la acción para exigir su devolución.

De hecho, este nuevo proceso se articula como una vía para sancionar a las empresas que contraten temporalmente de forma irregular, y con intervalos prestacionales, con un mismo trabajador, para poder reclamar a aquéllas la responsabilidad de reintegro del importe de (y de la cotización por) las mismas. De esta forma, el fundamento de la pretensión es, sin lugar a duda, la búsqueda por parte del INEM de la condena del empresario al abono de las prestaciones percibidas por el trabajador con base en contratos temporales fraudulentos o abusivos²¹. Es, por lo tanto, una vía complementaria a las que tiene el INEM: a) bien dictar resoluciones, en vía administrativa revisable ante la jurisdicción social, relativas a la revisión de la concesión de prestaciones incorrectamente concedidas (dejando sin efecto el reconocimiento inicial de la prestación), la exigencia de devolución de prestaciones indebidamente percibidas (al beneficiario) y el reintegro de las prestaciones de cuyo pago sea directamente responsable el empresario (art. 22 Ley 31/1984, art. 33 del Real Decreto 625/1985, de 2 abril y arts. 226-227 Ley General de Seguridad Social); y b) bien presentar demanda contra los beneficiarios para revisar los actos declarativos de derechos y solicitar la devolución de cantidades indebidamente percibidas por el beneficiario.

Vía, esta segunda, que ha sido admitida, como opción para el INEM (que en principio no está obligado a utilizar la vía judicial, por no resultarle de aplicación el art. 145 TRLPL, pudiendo utilizar la vía administrativa al mismo efecto), por la Sala Social del Tribunal Supremo en Sentencias de 29-4-1996 (RJ 1996/4139), 28-5-1996 (RJ 1996/4685), 12-6-1996 (RJ 1996/5060), 17-11-1998 (RJ 1998/9748), 17-1-2000 (RJ 2000/923), 10-2-2000 (RJ 2000/1753), 28-2-2000 (RJ 2000/2248), 22-3-2000 (RJ 2000/5159), 19-6-2000 (RJ 2000/5165), 20-3-2001 (RJ 2001/3395), 21-3-2001 (RJ 2001/3398), 13-6-2001 (RJ 2001/6298), 29-6-2001 (RJ 2001/9576) y 5-7-2002 (RJ 2002/9206)²². La argumentación de esta línea jurisprudencial parte del dato de que «En materia de desempleo existe norma especial que constituye una excepción a la regla establecida en el artículo 145.1 TRLPL, artículo 22 de la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, actual artículo 227 LGSS, que faculta al INEM

para exigir el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas por los trabajadores, lo que implica, como presupuesto lógico, la facultad de revisar la concesión de aquellas prestaciones incorrectamente reconocidas, sean de pago periódico o de una sola vez, sin que opere límite alguno en esta específica área de protección en cuanto a las causas por las que la gestora pueda revisar su decisión inicial, sin perjuicio claro está de que puede ser sometida a revisión por el órgano judicial, que ha de valorar cada caso concreto».

- b) Requisito objetivo: que el trabajador solicitante de la prestación *hubiera percibido prestaciones por desempleo por finalización de varios contratos temporales*. Quiere ello decir que la concatenación de contratos temporales por parte de una misma empresa con el mismo trabajador, o la reiteración de contratos temporales con intervalos prestacionales para el mismo trabajador no es, *per se*, fraudulenta o abusiva: en consecuencia, debe invocarse por parte del INEM, con base en el expediente administrativo y en los hechos recogidos en la comunicación ante el Juzgado de lo Social, que existe dicho fraude o abuso de derecho, y desvirtuarse dicha presunción *iuris tantum* (que no es sino una presunción empleada como medio de prueba admisible en Derecho por parte del INEM e incorporada a la demanda-comunicación) por parte del empresario (que es quien tiene la carga probatoria, como se verá).

A los efectos de la apreciación de fraude de ley o abuso de derecho, las Instrucciones Provisionales del INEM de 21-1-2003 establecen una serie de criterios interpretativos, en positivo y en negativo y no del todo carentes de controversia, para las unidades administrativas de la Entidad Gestora ²³:

- Si existen dudas sobre si la contratación temporal y su reiteración es abusiva o fraudulenta, se solicitará informe urgente a la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, con tiempo suficiente para que pueda emitirse en el plazo de 20 días hábiles dentro del período de tres meses desde la solicitud de la prestación, y se estará al contenido del mismo. Si no se recibe informe antes de que se cumpla el plazo de tres meses desde la solicitud de la prestación se entenderá que es positivo y se interpondrá la comunicación/demanda ante el Juzgado de lo Social. Esta previsión, a mi juicio, debe saludarse por positiva y a efectos de mayor seguridad jurídica.
- Existe fraude o abuso de derecho en la reiteración de contratos en los siguientes casos:
 - Cuando no existe contratación intermedia con otra u otras empresas, y entre los sucesivos contratos temporales se perciben prestaciones o subsidios.
 - Cuando los distintos contratos se producen siempre en unos mismos períodos, y el cese en los contratos coincide con períodos festivos o vacaciones.
 - Cuando los contratos se producen para realizar actividades fijas y periódicas estacionales o de temporada y la empresa no tiene contratados trabajadores fijos discontinuos o tiene un número escaso en relación con el volumen de actividad, o los temporales sustituyen a los fijos discontinuos.
 - Cuando se reiteran contratos por obra o servicio determinado en los que no consta con precisión el objeto del contrato.
 - Cuando se produzcan otros hechos que permitan fundar el abuso o el fraude.

- No existe reiteración abusiva o fraudulenta en los sucesivos contratos:
 - Celebrados con una misma ETT. Supuesto, sin duda, complejo y discutible, pese a la rotundidad del planteamiento de las instrucciones provisionales internas del INEM.
 - En contratos de interinidad o sustitución.
 - En la contratación laboral de las Administraciones Públicas. Supuesto este especialmente conflictivo, pues desde luego no comparto la exclusión que el INEM sostiene en este caso.
 - En contratos eventuales del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social con un mismo empresario y de escasa duración.

- c) Requisito subjetivo: que el solicitante debe haber percibido prestaciones por desempleo por extinción de contratos temporales *con una misma empresa*.

B) CONTENIDO DE LA DEMANDA (COMUNICACIÓN).

El contenido de la comunicación debe ser, en primer lugar, el genérico previsto en el artículo 80 TRLPL para el procedimiento ordinario. A saber: la demanda habrá de formularse por escrito, con designación del órgano judicial ante el que se presenta e individualización del demandante y demandado, enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que verse la pretensión, formulación del «suplico», designación de domicilio a efectos de notificaciones, fecha y firma.

Señalado lo anterior, en segundo lugar la demanda ha de contener, a efectos prácticos, los siguientes extremos:

- La solicitud (*petitum*) de que *el empresario sea declarado responsable de la devolución (reintegración) de las prestaciones de desempleo obtenidas por el trabajador durante los últimos cuatro años, siempre que trajeran causa, claro es, de contratos temporales con la misma empresa con la que se ha suscrito el último contrato temporal cuya extinción activa, con la solicitud prestacional, la fiscalización por parte del INEM. Junto a dicha devolución, el empresario será declarado responsable del abono de las cotizaciones correspondientes en su día efectuadas por el INEM.*
- La responsabilidad de devolución de prestaciones no afecta a la que pueda corresponder por el último contrato temporal extinguido (es decir, el que activa la indagación por parte del INEM). En consecuencia, salvo connivencia probada entre trabajador y empresario, no puede negarse al trabajador solicitante el abono de la prestación correspondiente por parte del INEM.
- En los hechos de la demanda y con base en los indicios extraíbles del expediente administrativo, deben aportarse por parte del INEM datos que motiven suficientemente su apreciación de que la contratación temporal reiterada debe entenderse como abusiva o fraudulenta. En este sentido, no puede ignorarse que el fraude de ley comprende tanto las vías de

infracción del ordenamiento tanto directas o abiertas (art. 6.3 del Código Civil), cuanto indirectas u oblicuas (art. 6.4 del Código Civil); además, el fraude de ley no constituye un hecho en sí mismo, sino una *apreciación jurídica* obtenida a través de una razonable deducción que une, con carácter indispensable, la realización de negocios jurídicos formalmente lícitos (en este caso, contratos temporales reiterados) con el propósito de obtener, al cobijo de una norma, un resultado prohibido por el ordenamiento o contrario a él (prestaciones por desempleo, en este caso, al amparo de contratos formalmente «lícitos»), debiéndose establecer por parte del INEM los elementos fácticos (antecedentes de hecho, obrantes en el expediente administrativo y reproducidos en la comunicación ante el juzgador) de los que extrae esta conclusión ²⁴.

De su lado, el abuso de derecho (art. 7.2 del Código Civil) es un supuesto de desviación notoria de la finalidad perseguida por una norma (en este caso, cobertura de la situación de desempleo), que se caracteriza por tres notas esenciales: a) uso de un derecho objetiva o externamente legal (prestaciones por desempleo derivadas de la extinción de contratos temporales); b) daño a un interés jurídico no protegido por una específica prerrogativa jurídica; c) inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva con la intención de perjudicar, o bajo formas objetivas cuando el daño proviene del exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho (abuso empresarial de la contratación temporal).

C) DOCUMENTOS A ADJUNTAR A LA DEMANDA Y POSIBILIDAD DE SUBSANACIÓN.

A la comunicación deberán acompañarse copia del expediente o expedientes administrativos en que se fundamente la pretensión. Es decir, los expedientes de los últimos 4 años que reflejen que *la misma empresa* y el *mismo trabajador* han suscrito contratos temporales reiterados cuya extinción ha supuesto la solicitud y obtención por parte del mismo trabajador de prestaciones por desempleo. La aportación de los expedientes de prestaciones es, desde luego, crucial, porque las afirmaciones de hechos que se contengan en la comunicación hacen fe y deben basarse en los datos consignados en el expediente administrativo correspondiente. Además, las Instrucciones Provisionales del INEM de 21-1-2003 señalan que, de ser el caso, se acompañará el correspondiente informe emitido por la Inspección de Trabajo ²⁵.

El Juez de lo Social examinará la demanda antes de decretar su admisión, al efecto de comprobar si reúne todos los requisitos exigidos, advirtiendo a la Entidad Gestora de los defectos u omisiones que aprecie en la misma, a fin de que sean subsanados en el término de *diez días*. Este procedimiento difiere, pues, del plazo general de subsanación de la demanda previsto para el procedimiento ordinario (4 días, *ex art.* 81.1 TRLPL) o del plazo específico del procedimiento de Seguridad Social cuando la demanda se formula contra Entidades Gestoras o Servicios Comunes de la Seguridad Social (4 días, *ex art.* 139 TRLPL). Por el contrario, dicho plazo conecta claramente con el previsto para el procedimiento de oficio: en concreto, el artículo 148 TRLPL recoge unos términos calcados a los del nuevo artículo 145 bis TRLPL, con la única salvedad, lógica por lo demás, de que éste alude a la Entidad Gestora, y aquél a la autoridad laboral ²⁶. La razón de que este plazo de 10 días (hay que

entender *hábiles*, pues estamos ante un plazo procesal) para la subsanación sea superior al de 4 días previsto para el procedimiento ordinario, hay que buscarla quizás en el interés público de la actuación del INEM y en la conveniencia, a juicio del legislador, de darle un mayor plazo para localizar los datos que permitan subsanar los defectos de la comunicación.

En caso de que no se subsanen los defectos observados por el juez, se procederá al archivo de la demanda-comunicación (*ex art. 81.1 TRLPL*), sin perjuicio de que esta preclusividad no impida la ulterior presentación de nueva demanda de oficio siempre que no haya vencido el plazo de 3 meses antes indicado.

II.4. Aspectos del desarrollo del procedimiento.

Diversos son los aspectos de tramitación del procedimiento que aparecen regulados en la norma, pero que no por ello dejan de presentar problemas interpretativos que hay que tratar de resolver. Así y en sinopsis, pueden traerse a colación las siguientes *ideas-clave*:

- 1.º Empresario y trabajador *no podrán solicitar la suspensión del proceso*. Esta regla se corresponde con el principio de celeridad, que justifica que, como regla general, los actos de conciliación y juicio tengan lugar en única convocatoria, de suerte que en la citación a las partes debe consignarse la advertencia de que dichos actos no se suspenderán por incomparecencia del demandado. Además, y esto es lo singular, en el procedimiento del artículo 145 bis TRLPL se cierra la posibilidad *de que*, a petición de ambas partes y por motivos justificados acreditados ante el órgano judicial, puedan suspenderse, en principio por una sola vez ²⁷, dichos actos, efectuándose nuevo señalamiento para la vista dentro de los 10 días siguientes a la fecha de suspensión (art. 83.1 TRLPL, que no resulta de aplicación a este proceso por imperativo legal). Así, creo que es aceptable jurídicamente que el trabajador no pueda solicitar la suspensión del proceso, pues el legislador ordinario *puede modalizar* (como hace por ejemplo en el caso del procedimiento de oficio –arts. 146.a, 146.b y 150.3 TRLPL–) la cualidad de parte de un proceso limitando ciertas facultades (en este caso, desistir y pedir la suspensión): de esta forma se pone de relieve que la intervención del trabajador en el juicio es medial o adjetiva (relevante quizás a efectos probatorios), siendo la intervención principal la del INEM y la del empresario presuntamente responsable del fraude o abuso de derecho. No obstante, *no me parece tan correcto que al empresario no se le permita instar la suspensión*, pues la presencia de las razones justificativas que se aporten ante el juez debieran activar la posibilidad de suspensión, en concordancia con el derecho a la defensa que forma parte del contenido esencial del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución).
- 2.º El trabajador *no podrá desistir*. Esta previsión es ciertamente extraña, pues lo que está en juego no es el reintegro por parte del trabajador de prestaciones que se entienden debidas, sino la declaración de responsabilidad empresarial en orden a dichas prestaciones, que es cosa distinta. Por lo tanto, difícilmente se comprende que el trabajador pueda desistir de

un procedimiento que él no ha iniciado y en el que figura como litisconsorte pasivo necesario: entre otras cosas, porque ni puede desistir quien no ha pedido nada ante el juez de lo social, ni puede archivarse una demanda si quien la ha presentado (INEM) no es quien «desiste» (trabajador). Por lo tanto, estimo que el mimetismo excesivo del artículo 145 bis TRLPL con el artículo 148.2.a TRLPL (procedimiento de oficio) ha jugado aquí una «mala pasada» al legislador: si en éste el trabajador es «perjudicado» en términos económicos, en el nuevo proceso no existe dicho perjuicio, pues no se le exige al trabajador reintegro de prestaciones.

3.º Aun sin su asistencia, *el procedimiento se seguirá de oficio*. Nada hay que añadir a la dicción legal, salvo quizás que no hay que descartar la hipótesis del recurso extraordinario de audiencia al demandado rebelde (art. 183 TRLPL) contra la sentencia dictada en este proceso. En efecto, el apotegma jurídico *nemo debet inaudito damnari* supone que ha de evitarse la condena de quienes se vean en la imposibilidad de defenderse a causa del *desconocimiento de la existencia del proceso*. En sinopsis, este recurso («audiencia al demandado rebelde» que opera como «recurso de rescisión»), debe interponerse en el plazo de caducidad de 3 meses (computa, a estos efectos, el mes de agosto ²⁸), y el plazo corre desde que la sentencia firme:

- Fue notificada al tercero que en su día recibió la citación por cédula ²⁹. Familiares, empleados, «portero o conserje de la finca» o vecinos (57.1 TRLPL), operan como tales terceros en defecto de notificación al demandado en su domicilio de la cédula judicial.
- Fue publicada en el Boletín Oficial que corresponda tras la citación «edictal» practicada previo agotamiento de las restantes vías establecidas en el TRLPL (arts. 50.4, 55, 56, 57, 59 y 97.1 TRLPL). La edictal es una vía excepcional de citación o emplazamiento, que en el proceso laboral opera sólo tras el fracaso de las restantes vías de citación y notificación y la no constancia del domicilio del demandado o la ignorancia de su paradero.

Procede la «audiencia», así las cosas, cuando el demandado no haya sido citado personalmente, y no haya comparecido en el procedimiento, debiendo acreditar que la citación personal no llegó a sus manos. De estimarse el recurso (un ejemplo reciente, en STC 41/2000, de 14 de febrero), que se interpone a lo que aquí interesa ante el TSJ correspondiente (fase «rescindente»), se acuerda que el Juzgado de lo Social oiga al rebelde (contestación a la demanda y, en su caso, práctica de pruebas, a través del «procedimiento ordinario»: artículo 183.6 TRLPL, «fase rescisoria» ³⁰) y decida en consecuencia: bien rescindiendo la sentencia impugnada, bien confirmándola. La desestimación de la solicitud de «audiencia», es susceptible de recurso de casación directa ante el TS, y desestimado éste, de amparo ante el TC (por «indefensión» que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva).

La petición de audiencia ha de llevar firma de Letrado, cuya intervención es preceptiva en la audiencia ante el órgano superior en el que se solicita la rescisión de la sentencia firme ³¹. Por lo demás, la inactividad del demandado (incomparecencia del rebelde a la vista) se entiende como la renuncia a ser oído, dictándose, en tal caso, nueva sentencia contra la que no cabe recurso y que se manifestará en los mismos términos que la rescindida.

4.º Las afirmaciones de hechos que se contengan en la comunicación base del proceso *harán fe, salvo prueba en contrario*, incumbiendo la *carga de la prueba* al empresario demandado. Esta previsión del artículo 145 bis TRLPL es idéntica a la recogida en el artículo 148 TRLPL para el procedimiento de oficio, de forma que de la jurisprudencia existente sobre este procedimiento pueden extraerse analógicamente las dos siguientes conclusiones prácticas:

- El juez puede llegar a conclusiones distintas tras examinar los distintos elementos probatorios traídos al proceso por el empresario demandado, que sirven para formar la convicción judicial. Ello es así en tanto que esta previsión *no es más que una norma reguladora de la carga de la prueba* ³².
- La regla apuntada contiene una presunción *iuris tantum* que despliega sus efectos siempre que no se hayan practicado pruebas por parte del empresario demandado que desvirtúen la apreciación de hechos por parte del INEM ³³.

5.º El principio de oralidad rige también, por supuesto y aunque nada recoja de modo expreso el nuevo artículo 145 bis TRLPL, en esta modalidad procesal, de forma que la exposición de alegaciones del actor (INEM) y del demandado (empresario) será oral, de la misma forma que, tras la práctica de la prueba, las conclusiones respectivas se formularán también oralmente. Otra cosa es la extendida «corruptela» procesal de facilitar, en sede de conclusiones, la «instructa» o escrito-resumen de las posiciones de las partes (en especial, de la demandada), práctica sin duda reprochable que deteriora considerablemente el principio de oralidad. Quizás por esta razón no faltan voces que sostienen que la contestación en el proceso laboral debería ser escrita, pues con ello se ganaría seguridad en cuanto a la correcta exposición y desarrollo de las argumentaciones, la determinación precisa del objeto del pleito y de las pruebas de necesaria práctica, además de la constancia de todo ello cara al recurso, sin esa dependencia desasosegante de un acta del juicio que muchas veces resulta un resumen excesivamente lacónico de los argumentos del demandado.

6.º Respecto a la práctica de medios de prueba por parte del empresario demandado, no está de más recordar la doctrina del Tribunal Constitucional, recientemente resumida por la STC 168/2002, de 30 de septiembre ³⁴, sobre el *derecho a la utilización de todos los medios de prueba pertinentes ex artículo 24 CE*, que resulta *de plena aplicación a la modalidad procesal aquí analizada* y que se resume en los siguientes ejes conceptuales:

- No comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye sólo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes (entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el *thema decidendi*).
- Es un derecho de configuración legal, que precisa que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, siendo sólo admisibles los medios de prueba autorizados por el ordenamiento jurídico.

- Corresponde a los jueces el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas, y el TC sólo es competente para controlar las decisiones judiciales dictadas cuando se hubieran inadmitido pruebas relevantes para la decisión final sin motivación alguna o mediante una interpretación y aplicación de la legalidad arbitraria o irrazonable o cuando la falta de práctica de la prueba sea imputable al órgano judicial.
- La falta de actividad probatoria debe traducirse, a los efectos de invocar ante el TC la vulneración de este derecho, en una efectiva indefensión del recurrente, o lo que es lo mismo, «debe ser decisiva en términos de defensa».

La valoración de las pruebas debe realizarse ponderando todas las practicadas, pudiendo darse preferencia a unas sobre otras por parte del juez ³⁵, cuya presencia es especialmente importante durante la práctica de las mismas, en conexión con el principio procesal de inmediación judicial ³⁶. Esa actividad de análisis conjunto de los elementos probatorios debe conducir al juez al razonamiento motivado, a la valoración jurídica oportuna apreciando los elementos de convicción y a la averiguación de la verdad material antes que la formal alegada por las partes, a la vista de las reglas legales sobre la apreciación de la prueba y el respeto a las reglas de «prueba libre» (principio de la sana crítica y máximas de experiencia) ³⁷.

- 7.º La sentencia que estime la demanda de la Entidad Gestora será *inmediatamente ejecutiva*. En consecuencia, contra la sentencia cabe recurso de suplicación, sin perjuicio de la ejecutividad provisional de la sentencia en instancia. De hecho, lo que la norma procesal está reconociendo es que, aunque la sentencia no sea firme por haberse interpuesto recurso contra ella, la misma es inmediatamente ejecutiva, por lo que ejecución se anticipa a lo que pueda resolverse en el propio recurso. Lo que parece claro, en consecuencia, es que la ejecutividad de la sentencia supone, con carácter general, excepción al efecto suspensivo que a todo recurso de suplicación se anuda.

En el recurso de suplicación, en tanto que recurso devolutivo, el TSJ correspondiente no puede efectuar una nueva ponderación de la prueba, sino tan sólo realizar un control de la legalidad de la sentencia recurrida en la medida en que le sea pedido y, sólo de manera excepcional (documentos o pericias citados por el recurrente, que pongan de manifiesto de manera patente e incuestionable el error en que el juzgador *a quo* hubiera podido incurrir –art. 191.b TRLPL–), puede hacer uso de la facultad de revisar las conclusiones fácticas. Así las cosas, hay que tener en cuenta que el recurso de suplicación no constituye una «segunda instancia», sino un recurso limitado en cuanto a los motivos de apreciación, de forma que el control en suplicación del tribunal *ad quem* es limitado, dado que es al órgano *a quo* (juez de lo social) a quien corresponde estimar la existencia de fraude de ley o abuso de derecho en la utilización empresarial de contratos temporales con un mismo trabajador, apreciando lo actuado desde la imparcialidad y con el efecto insustituible de la inmediación.

- 8.º Cuando la sentencia adquiera firmeza se comunicará a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. En este punto, es curiosa la previsión de las Instrucciones Provisionales del INEM de 21-1-2003 (por aquello de las propias cautelas y recelos de la propia Entidad Gestora

ante este estrambótico procedimiento, y por la ingenua obviedad que encierra en este punto la propia Instrucción), que señalan que si la sentencia es desfavorable a la Entidad Gestora, «con carácter general no se recurrirá en suplicación, salvo que el Tribunal Superior de Justicia o en su caso el Tribunal Supremo hubiere dictado previamente sentencia favorable en casos análogos»³⁸.

Además, en el supuesto de que con base en la declaración de hechos probados que figure en la sentencia se extienda, en su caso, acta de infracción por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 149.2 TRLPL. Esto significa que la tramitación del expediente sancionador con base en dichos hechos declarados probados por la sentencia (debiendo remitir el INEM una copia de dicha sentencia, sea cual sea el fallo, a la Inspección de Trabajo³⁹), al margen de la impugnación del acta inspectora por parte del empresario afectado, *no requiere que la autoridad laboral* presente de oficio comunicación ante el Juzgado de lo Social para determinar una cuestión judicial previa a la resolución de un procedimiento administrativo⁴⁰: la de si puede o no sancionar en vía administrativa a dicho empresario, pues se entiende que es competente la autoridad laboral (y no el orden social de la jurisdicción) para tramitar el expediente sancionador (sobre utilización fraudulenta de las modalidades contractuales por parte del empresario) y para conocer del asunto *ratione materiae*⁴¹.

9.º La sentencia favorable al INEM *no conllevará la revisión de las resoluciones que hubieran reconocido el derecho a las prestaciones por desempleo* derivadas de la finalización de los reiterados contratos temporales, que se considerarán *debidas* al trabajador. Es decir, el INEM no puede activar, con posterioridad a la sentencia recaída *ex* artículo 145 bis TRLPL, el procedimiento de reintegro de prestaciones indebidas, pues *ope legis* las percepciones del trabajador se entienden debidas, y la nueva prestación activada por el último contrato también debe abonarla el INEM, pues no se exige, como requisito para apreciar situación legal de desempleo, que el trabajador impugne su cese en el último contrato como si fuera un despido⁴². En definitiva, es el empresario quien debe pagar el importe de las prestaciones por desempleo en su día abonadas (y sus correspondientes cotizaciones).

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.: (2003): «La contrarreforma del sistema de protección por desempleo: continuidades y discontinuidades tras la Ley 45/2002, de 12 de diciembre», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros, núm. 238.
- ALBIOL MONTESINOS, I., y BLASCO PELLICER, A.: (2002): *Desempleo y despido en la reforma laboral del Real Decreto-Ley 5/2002*, Tirant lo Blanch, Valencia.

- DESIDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: (2002): «Reformas en la delimitación del desempleo como situación protegida», en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (coord.): *Comentarios a la reforma del sistema de protección por desempleo. Nuevo régimen jurídico del despido, de los salarios de tramitación y del desempleo*, Lex Nova, Valladolid.
- GARCÍA NINET, J.I.: (2001): «Los procesos en materia de Seguridad Social. Algunas cuestiones problemáticas», en AA.VV.: *El proceso laboral. Estudios en homenaje al profesor Luis Enrique De la Villa Gil*, Lex Nova, Valladolid.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R.: (2002): «Las reformas en materia laboral del Real Decreto-Ley 5/2002», en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (coord.): *Comentarios a la reforma del sistema de protección por desempleo. Nuevo régimen jurídico del despido, de los salarios de tramitación y del desempleo*, Lex Nova, Valladolid.
- MARTÍNEZ GIRÓN, J.: (2002): «Reiteración de la contratación temporal, fomento de la contratación indefinida y fomento de la movilidad geográfica», *Actualidad Laboral*, núm. 33.
- MOLINA NAVARRETE, C. y CUEVAS LÓPEZ, J.: (2002): «Nuevas reglas del sistema de protección frente al desempleo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros, núm. 232.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. y CORDERO SAAVEDRA, L.: (2002): «Estudio crítico del Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros, núm. 232.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: (2002): «Reforma de la protección por desempleo, concertación social y legislación de urgencia (I)», *Relaciones Laborales*, núm. 16.

NOTAS

- ¹ BOE núm. 125, de 25-5-2002. Corrección de errores: BOE núm. 139, de 11-6-2002. Convalidado por el Congreso de los Diputados el 13-6-2002 (BOE núm. 146, de 19-6-2002).
- ² BOE núm. 298, de 13-12-2002. Se publica así en el BOE el texto aprobado, tras su tramitación en el Congreso y en el Senado, por el Pleno del Congreso de los Diputados el 28-11-2002 (BOCG-CD, 4-12-2002, núm. 100-12).
- ³ ALBIOL MONTESINOS y BLASCO PELLICER, 2002, págs.: 87-88.
- ⁴ ALBIOL MONTESINOS y BLASCO PELLICER, 2002, pág.: 88, para quienes el silencio del RDL 5/2002 no impedía aplicar «por extensión algunas de las reglas» de esta modalidad procesal. Favorables también a la consideración del procedimiento como de oficio se mostraron MOLINA NAVARRETE y CUEVAS LÓPEZ, 2002, pág.: 90.
- ⁵ MARTÍNEZ GIRÓN, 2002.
- ⁶ DESIDENTADO BONETE y DE LA PUEBLA PINILLA, 2002, págs.: 33-34, señalando que se trata de una acción de despido «acumulada *ex lege* a una acción declarativa de fijeza, porque su objeto es impugnar un cese y lograr una condena de readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir».
- ⁷ MARTÍNEZ GIRÓN, 2002.
- ⁸ SEMPERE NAVARRO y CORDERO SAAVEDRA, 2002, pág.: 39; MARTÍNEZ GIRÓN, 2002.
- ⁹ GARCÍA NINET, 2001, pág.: 219.
- ¹⁰ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y MERCADER UGUINA, 2002, págs.: 106-107.

- ¹¹ Cfr. SSTs 27-10-2000 (RJ 2000/9677) y 24-7-2001 (RJ 2001/7926). En la doctrina judicial, STSJ Cataluña de 18-7-2002 (AS 2890).
- ¹² Cfr., por ejemplo, STSJ La Rioja de 13-11-2001 (AS 4167), en un supuesto de fraude de ley para el acceso a prestación por desempleo por connivencia entre un trabajador y la empresa que le despide por causas objetivas, al conocer aquél «por razón de su cargo la falta de concurrencia» de dichas causas.
- ¹³ En este sentido, STSJ País Vasco de 4-6-2002 (AS 2459).
- ¹⁴ AA.VV., 2003, pág.: 86, señalando dichas especialidades (demanda de oficio, no suspensión del procedimiento e imposibilidad de desistimiento por parte del trabajador, litisconsorcio pasivo necesario de empresario y trabajador, los hechos de la comunicación base hacen fe).
- ¹⁵ Más allá de nominalismos, es claro que la comunicación es una demanda en toda regla, por lo que la denominación legal no debe inducir a error alguno al respecto.
- ¹⁶ Como indica la STSJ País Vasco de 28-6-2002 (AS 2576), «El procedimiento de oficio se encuentra regulado en los artículos 146 al 150 de la LPL como una de las modalidades procesales».
- ¹⁷ STS 26-1-1998 (Ar. 1062).
- ¹⁸ Tampoco es infrecuente la creación de sociedades mercantiles por parte de empresarios personas físicas con el fin de eludir responsabilidades: en este sentido, también los tribunales aplican la doctrina del levantamiento del velo, como por ejemplo hace la STSJ Extremadura de 4-6-2002 (AS 1828).
- ¹⁹ No existiría sin embargo esta «independencia laboral» entre franquiciador y franquiciado si, por ejemplo, la selección y/o formación de los trabajadores corresponde a aquél (pues podría existir aquí una interposición o cesión ilegal y fraudulenta o una cotitularidad empresarial). Los indicios jurisprudenciales aludidos serían de aplicación aquí, de suerte que, de apreciarse la existencia de grupo de empresas (o de cesión ilegal de trabajadores), procedería la responsabilidad solidaria en los términos indicados.
- ²⁰ Como recuerdan, por ejemplo, la STSJ País Vasco de 22-1-2002 (AS 2544) y la STSJ Aragón 13-6-2002 (*Actualidad Laboral* núm. 44, 2002, ref. 1384).
- ²¹ AA.VV., 2003, pág.: 86.
- ²² En la doctrina judicial siguen esta interpretación, por ejemplo, STSJ Madrid de 1-2-2001 (AS 1308), STSJ Cataluña de 12-2-2001 (AS 1568), STSJ Castilla y León, Sala de lo Social de Valladolid, de 10-6-2002 (AS 2301), STSJ Asturias de 28-6-2002 (AS 1871) y STSJ Castilla y León, Sala de lo Social de Burgos, de 28-10-2002 (AS 2758).
- ²³ Cfr. Instrucción decimocuarta, apartado segundo.
- ²⁴ STSJ Castilla y León, Sala de lo Social de Valladolid, de 29-1-2002 (AS 579), en un caso de denegación de pago único de prestación de desempleo por fraude de ley.
- ²⁵ Cfr. Instrucción decimocuarta, apartado tercero.
- ²⁶ El plazo de 10 días es también el previsto para la subsanación de la demanda presentada a través de otras modalidades procesales: conflictos colectivos (art. 156, para las comunicaciones de la autoridad laboral que inicien el procedimiento) e impugnación de convenios colectivos (art. 162.3 LPL, para las comunicaciones de la autoridad laboral que inicien el procedimiento).
- ²⁷ Remarco que «en principio», porque como se sabe en el procedimiento ordinario cabe una segunda suspensión si concurren circunstancias *graves y probadas*, que por lo general serán algunas de las señaladas en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 188). Así y por ejemplo, el fallecimiento de alguno de los litigantes, o enfermedad del abogado que pida, antes de la vista, la suspensión (o excepcionalmente después, justificando las razones por las que no ha sido posible notificar y justificar dicha ausencia con antelación: STSJ Andalucía, Sala de lo Social de Málaga, de 16-6-2000, rollo 447/2000).
- ²⁸ STSJ Madrid de 23-10-1996 (AS 3081).
- ²⁹ STSJ Murcia de 2-12-1997 (AS 4533).
- ³⁰ STS, Sala Social, de 26-6-1997 (Ar. 4948).
- ³¹ STS, Sala Social, de 27-9-1999 (Ar. 9407).
- ³² STSJ Murcia de 26-7-1999 (AS 5994).
- ³³ Cfr., con referencia a la autoridad laboral, STSJ Castilla y León, Sala de lo Social de Valladolid de 25-11-1997 (AS 3984) y STSJ País Vasco de 13-10-1998 (AS 4727).

- ³⁴ Con anterioridad, entre otras muchas, SSTC 101/1999, de 31 de mayo, 181/1999, de 11 de octubre, 236 y 237/1999, de 20 de diciembre, 26/2000, de 31 de enero, 45/2000, de 14 de febrero, 96/2000, de 10 de abril, 78/2001, de 26 de marzo y 165/2001, de 16 de julio.
- ³⁵ STS, Sala Social, de 10-11-1999 (*Actualidad Laboral* núm. 31, 2000, ref. 501).
- ³⁶ STS, Sala Social, de 8-3-1996 (Ar. 3188).
- ³⁷ Las reglas de la «sana crítica» (a las que se alude explícitamente en los artículos 316.2, 326.2, 334.1, 348, 350.4, 376, 382.3 y 384.3 de la nueva LEC) y las «máximas de experiencia» permiten al juez, en caso, por ejemplo, de prueba pericial, discrepar del alcance interpretativo resultado de la misma por razones científicas, lógicas o de mayor convicción para el juzgador.
- ³⁸ *Cfr.* Instrucción decimocuarta, apartado tercero.
- ³⁹ *Cfr.* Instrucciones Provisionales del INEM de 21-2-2003, instrucción decimocuarta, apartado tercero *in fine*.
- ⁴⁰ No es preciso, pues, que la autoridad laboral plantee «la pretensión de un pronunciamiento previo del orden social sobre determinadas calificaciones que operan como presupuestos jurídicos de decisión para la actividad sancionadora de la Administración Laboral», a modo de «prejudicialidad devolutiva respecto de la decisión del procedimiento administrativo de imposición de sanciones». *Cfr.*, sobre la consideración del procedimiento de oficio en este punto SSTS, Sala Social, de 5-10-1994 (RJ 1994/3996) y 4-10-1994 (RJ 1994/7744) y STSJ País Vasco de 2-7-2002 (JUR 2002/242925).
- ⁴¹ *Cfr.*, para el procedimiento de oficio, SSTSJ Galicia de 30-11-1998 (AS 6738) y de 27-11-1999 (AS 3606).
- ⁴² *Cfr.* Instrucciones Provisionales del INEM de 21-1-2003, instrucción segunda, apartado quinto.