JAQUE MATE AL REINTEGRO DE PRESTACIONES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS POR ERROR DE LA ADMINISTRACIÓN. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD A CARGO DEL TRIBUNAL SUPREMO

JUAN BAUTISTA VIVERO SERRANO
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Salamanca

Sorprende que las dos sentencias del Tribunal Supremo que le han dado el jaque mate al reintegro de prestaciones de seguridad social indebidamente percibidas por error de la Administración no sean del Pleno o Sala General. Pero si algo caracteriza a las dos sentencias que se comentan es el cúmulo de sorpresas que deparan y ello tanto desde la perspectiva de la jurisprudencia de alcance general sentada cuanto en lo que atañe a la resolución de los casos concretos. En uno y otro escenario las sorpresas afectan más al cómo que al qué, esto es, a las formas empleadas por el Alto Tribunal mucho más que a las soluciones alcanzadas.

Empezando por la jurisprudencia de alcance general introducida por el Tribunal Supremo en su STS, 4ª, 4-4-2014, rcud 1156/2023, seguida a pies juntillas por la STS, 4ª, 29-4-2024, rcud 858/2022, puede entenderse que se opone al reintegro de cualesquiera prestaciones de seguridad social indebidamente percibidas por error exclusivo de la Administración el peculiar y expansivo derecho de propiedad del artículo 1 del protocolo núm. 1 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, en la interpretación auténtica del TEDH (sentencia de 26 de abril de 2018, asunto Cakarevic v. Croacia). Se opone siempre que entren en juego prestaciones sociales que constituyan el sustento básico de sus titulares y que el indebido reconocimiento de las mismas sea atribuible en exclusiva al error o mala praxis de la Administración, sin fraude o mala fe alguna por parte de los administrados beneficiarios.

Una jurisprudencia que este comentarista comparte plenamente, aunque solo sea porque la ha venido defendiendo insistentemente durante los años de asesor del Defensor del Pueblo en materia de seguridad social, lamentablemente sin éxito, aunque con el consuelo de su definitiva asunción por parte del Tribunal Supremo.

La sorpresa radica en la manera como el Alto Tribunal introduce esta jurisprudencia de tan elevada relevancia para el Derecho de la protección social, a saber, sin mención alguna de tipo formal sobre lo que realmente lleva a cabo el Tribunal

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita reproducir algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com ; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

Supremo, que no otra cosa es que un control difuso de convencionalidad, amparado por el Tribunal Constitucional (STC 140/2018). Un control de convencionalidad en el que se inaplica la normativa legal española, el artículo 55.3 LGSS, que incomprensiblemente el Alto Tribunal ni siquiera menciona (ni la jurisprudencia previa sobre el particular), y se aplica el peculiar derecho de propiedad del sistema de derechos humanos del Consejo de Europa, en la interpretación auténtica del TEDH.

Y es que por mucho que el artículo 55.3 LGSS, que no se olvide fue en su momento la respuesta legal (Ley 66/1997) a una jurisprudencia (STS, 4ª, 24-9-1996, rcud 4065/1995) no del gusto de la Administración de la seguridad social, contemple inequívocamente el reintegro de las prestaciones de seguridad social indebidamente percibidas, incluido expresamente el supuesto del error de la Administración, el control de convencionalidad materialmente llevado a cabo por el Tribunal Supremo desplaza en los casos concretos resueltos en abril de 2024 esa norma nacional y la sustituye por la norma internacional (de derechos humanos) incorporada al Derecho español y prevalente conforme al artículo 31 de la Ley 25/2014 de Tratados Internacionales.

La rabiosa actualidad y la enorme trascendencia de la técnica jurisdiccional del control difuso de convencionalidad, así como el radical giro jurisprudencial dado en materia de reintegro de prestaciones de seguridad social indebidamente percibidas por error de la Administración, bien merecían no solo la intervención de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en Pleno, sino, lo que es más importante, una argumentación formal y material más cuidada, que pusiera en valor la jurisprudencia de alcance general fijada al hilo de la resolución de dos casos concretos, siendo los casos concretos lo de menos y la jurisprudencia generalista lo de más.

Que el Tribunal Supremo (en Pleno, por cierto) tenía ganas de abandonar su jurisprudencia previa sobre el reintegro de prestaciones de seguridad social indebidamente percibidas por error de la Administración, a partir de la STEDH de abril de 2018, era algo que podía fácilmente intuirse en su STS, 4ª (Pleno), 27-6-2023, rcud 2386/2020, si bien la insalvable falta de contradicción entre las sentencias recurrida y referencial le impidió en aquella ocasión llevar a cabo tan sustancial cambio de criterio. Acaso las prisas por aprovechar la primera oportunidad que se presentara para llevar a término lo que en ese momento no pudo realizarse le hayan jugado una mala pasada desde el punto de vista formal al Alto Tribunal, por lo apenas dicho sobre el deslucido control difuso de convencionalidad y por todo por lo que a continuación se dirá.

Por lo que se refiere a los dos casos resueltos por el Tribunal Supremo en abril de 2024, ambos tienen que ver con la percepción por parte de los trabajadores demandantes de una prestación extraordinaria por desempleo por ERTE covid-19 (art. 25 RDL 8/2020), en concreto, como consecuencia de un ERTE ETOP en un caso y de un ERTE por fuerza mayor en el otro supuesto, siendo en ambos la reducción de la jornada del 75%, desbordando el tope máximo del 70% del artículo

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita reproducir algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com ; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

47.7.a) ET. Superación del tope máximo legal del 70% que no impidió en su momento al SEPE el reconocimiento de la prestación extraordinaria por desempleo, evidentemente por error producto de las prisas de aquella convulsa época, con la consiguiente revisión de oficio posterior y la declaración de reintegro de la prestación indebidamente percibida.

Es precisamente la judicialización de la revisión de oficio a cargo del SEPE, con la consiguiente resolución administrativa de reintegro de la prestación extraordinaria por desempleo indebidamente percibida, la que está en el origen de ambos pleitos. La sorpresa en este escenario de los casos concretos viene de la mano de la posible vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial sin indefensión del SEPE, y ello por haber abandonado abruptamente el Alto Tribunal los términos del debate jurídico delimitado por la parte recurrente (el trabajador en la sentencia de 4 de abril y el SEPE en la sentencia de 29 de abril), adentrándose de oficio en un debate jurídico completamente distinto, sin apertura de un singular trámite de alegaciones para que las partes pudieran argumentar lo que a su derecho conviniese sobre ese nuevo escenario jurídico abierto de oficio. Un trámite de alegaciones que la STC 53/2005, F. J. 5, considera ineludible so pena de vulneración del referido derecho fundamental. Se remite, a este respecto, a mi anterior brief: "El principio iura novit curia y los recursos en el orden social".

Sucede que en la instancia y en la suplicación el debate jurídico tuvo que ver con la existencia o no en la normativa de urgencia de la covid-19 (arts. 22, 23 y 25 del RDL 8/2020) de una regla expresa o implícita especial que permitiera que los ERTE de reducción de la jornada fueran más allá del límite genérico máximo de reducción de la jornada del 70% del artículo 47.7.a) ET. Y en los recursos de casación para la unificación de doctrina resueltos en abril de 2024 el motivo único invocado por las partes recurrentes afecta de nuevo a ese mismo debate jurídico, del que participan tanto las sentencias recurridas como las sentencias de contraste o referenciales, y otro tanto cabe decir de la impugnación de los recursos de casación unificadora (a cargo del SEPE en la sentencia de 4 de abril y de la trabajadora demandante en la sentencia de 29 de abril). De hecho, el Alto Tribunal zanja dicho debate negando que haya en la normativa especial de urgencia una previsión que permita ir más allá del tope máximo legal de la reducción de la jornada del 70%, situándose claramente del lado del SEPE.

Pero acto seguido el Tribunal Supremo por partida doble (copia y pega en la sentencia de 29 de abril de 2024) pone encima de la mesa de oficio un debate jurídico distinto, el del contraste entre la normativa legal española sobre el reintegro de prestaciones de seguridad social indebidamente percibidas por error de la Administración y el sistema de derechos humanos del Consejo de Europa en la interpretación auténtica del TEDH.

A juicio modesto de este comentarista, el Tribunal Supremo habría incurrido en una lesión del derecho fundamental a la tutela judicial sin indefensión del SEPE, que

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita reproducir algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com ; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

podría reaccionar, como paso previo a la presentación de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, con el planteamiento del incidente de nulidad de actuaciones de los artículos 241 LOPJ y 228 LEC. Se desconoce la tempestiva presentación de dicho incidente o no.

Sea como fuere, el reintegro de las prestaciones de seguridad social indebidamente percibidas por error de la Administración ex artículo 55.3 LGSS ha saltado por los aires y corresponde a la doctrina científica, junto a los jueces y tribunales, la construcción detallada del nuevo régimen jurídico. Habrá que estar también muy atentos a la reacción de la Administración de la seguridad social, al SEPE y, todavía más, al INSS, que tiene en el reintegro del ingreso mínimo vital indebidamente percibido por exclusivo error administrativo todo un campo de minas.

CITA: VIVERO SERRANO, JUAN B., "Jaque mate al reintegro de prestaciones indebidamente percibidas por error de la Administración. El control de convencionalidad a cargo del Tribunal Supremo", Briefs AEDTSS, número 57, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2024.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita reproducir algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com ; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).