

**Juzgado de lo Social N°.. 39 de Madrid, Sentencia de 8 Jul. 2013, proc.  
571/2012**

Ponente: Fernández Luis, María del Carmen.

Nº de Sentencia: 209/2013

Nº de Recurso: 571/2012

Jurisdicción: SOCIAL

**Diario La Ley**, Nº 8325, Sección La Sentencia del día, 4 de Junio de 2014, Año XXXV, Editorial  
**LA LEY**

**LA LEY 256273/2013**

El mero hecho de permanecer de alta como ejerciente en el Colegio de Abogados no supone la realización de trabajo por cuenta propia incompatible con el desempleo

Cabecera

PRESTACIÓN POR DESEMPLEO. ABOGADOS. Letrada contratada por cuenta ajena para un bufete de abogados que solicita la reanudación de la prestación contributiva que venía percibiendo tras extinguirse su contrato. Disconformidad a derecho de la resolución dictada por el SPEE por la que se le deniega su solicitud y resuelve como indebidamente percibidas las cantidades cobradas con anterioridad. La justificación del órgano administrativo para denegar la prestación es que la abogada, en el momento de nacimiento del derecho a las prestaciones, se encontraba de alta como letrada ejerciente en el Colegio de Abogados. Sin embargo, la incompatibilidad para la prestación o subsidio por esta contingencia NO es la situación de alta como ejerciente, sino el hecho de realizar trabajo por cuenta propia (aunque ello no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la S.S.). El mero hecho de no cursar baja en el Colegio no presupone la realización de trabajo productivo. No hay prueba en el caso de que se haya realizado actividad laboral incompatible por cuenta propia, pues no consta en el censo del IAE, ni alta en el RETA, ni en la Mutuality de la abogacía.

Resumen de antecedentes y Sentido del fallo

El Juzgado de lo Social núm. 39 de Madrid dicta sentencia estimando la demanda interpuesta frente al Servicio Público de Empleo y declara el derecho de la letrada a la reanudación en el cobro de las prestaciones de desempleo, así como correctamente percibidas las prestaciones correspondientes al período anterior, condenando al órgano administrativo a estar y pasar por dicha declaración y al abono de la prestación económica correspondiente.

Texto

En Madrid, a ocho de julio de dos mil trece.

Nº **AUTOS:** 571 / 2012

Diario LA LEY

**Seguridad social - 571 / 2012**

NIG: 28.079.44.4-2012/0024683

**SENTENCIA Nº 209 / 2013**

Vistos por mí, Dña. MARÍA DEL CARMEN FERNÁNDEZ LUÍS, Magistrado-Juez en funciones de refuerzo en el **JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 39 MADRID**, los presentes autos de juicio verbal del orden social en materia de SEGURIDAD SOCIAL, en virtud de demanda interpuesta por DÑA. ARANCHA, representada por el letrado Sr. Carrasco Barnuevo, frente al SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, representado por la letrado Sra. Solano Molinos, y conforme a los siguientes,

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** El 17 de mayo de 2012 fue repartida a este Juzgado la demanda Iniciadora de las presentes actuaciones, en la que la parte actora, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación terminaba suplicando el dictado de una sentencia por la que se declare la caducidad del procedimiento administrativo iniciado por la Dirección Provincial de Madrid del SPEE bajo el *núm.* de expediente (...) (2800001/ACC-R78.3/T.C.099), al haber transcurrido en exceso el plazo de tres meses, desde la fecha en que se inició dicho procedimiento hasta la fecha de notificación a la compareciente de la resolución de fecha 17.10.11, ordenando a la administración el archivo del procedimiento; y subsidiariamente, de entrarse a conocer del fondo del asunto, se declare que la resolución de 17.10.11 por la Dirección Provincial de Madrid del SPEE en el expediente (...) (2800001/ACC-R78.3/T.C.099) no es ajustada a derecho, anule la misma, declarando el derecho de la compareciente a reanudar el cobro de las prestaciones de desempleo que le restan en los términos reconocidos en la resolución del SPEE de fecha 14.05.10 y declarando correctamente percibidas por la actora las prestaciones desempleo correspondientes al período comprendido entre el 11.05.10 al 23.01.11, condenando a la demandada a estar y pasar por esa declaración y al abono de la prestación económica correspondiente.

**Segundo.-** Admitida a trámite la demanda por Decreto de 24 de mayo de 2012 y previos los trámites que son de ver en las actuaciones, se celebró el acto del juicio el día 4 de julio de 2013, con el resultado que es de ver, quedando los autos conclusos para sentencia.

**HECHOS PROBADOS**

**Primero.-** DÑA. ARANCHA, con DNI (...), con NASS (...), presentó en mayo de 2010 solicitud de prestación por desempleo, dictándose en fecha 14.05.10

resolución de la Directora *Provincial* del SPEE, de aprobación de prestaciones por desempleo, reconociendo el derecho solicitado, con arreglo a una base reguladora diaria de 57,67 €, reconociéndole 300 días de derecho (período del 11.05.10-10.03.11).

**Segundo.-** El 24.01.11 la demandante fue contratada y dada de alta ante la TGSS por R&G ABOGADOS, SOCIEDAD CIVIL, extinguiéndose dicha relación laboral el 10.06.11.

**Tercero.-** El 21.06.11 la demandante presentó ante el SPEE solicitud de reanudación de la prestación por desempleo, acompañando certificado de la Secretaria del ICAM de la misma fecha en el que se hace constar que la demandante se encuentra en situación de "no ejerciente" desde el 10.06.11, indicándose además que su histórico de cambios de situación es el siguiente: 28.09.07, causó alta; 10.06.11, pasa a no ejerciente.

**Cuarto.-** En fecha 05.08.11 la Subdirectora Provincial de Prestaciones del SPEE emitió comunicación de propuesta de revocación de prestaciones por desempleo con el siguiente contenido:

*"Con fecha 14/05/2010, la Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal emitió resolución por la cual se le reconocía el derecho a percibir una prestación por desempleo del nivel contributivo.*

*Según la información obrante en este Servicio Público de Empleo Estatal, en el reconocimiento de dicho derecho, o tras el mismo, se han producido determinadas circunstancias que podrían enervar la resolución mencionada.*

*Dichas circunstancias consisten en:*

*Estaba Ud. desempeñando un trabajo por cuenta propia en el momento de la situación legal de desempleo.*

*Estaba Ud. desempeñando un trabajo por cuenta propia en el momento del nacimiento del derecho a las prestaciones por desempleo.*

*A la fecha de inicio de la prestación. 11/05/2010, estaba usted de alta como ejerciente en el Colegio de Abogados de Madrid.*

*Por ello se le comunica que se ha iniciado un procedimiento de revisión del acto administrativo de reconocimiento con propuesta de revocación del mismo.*

*También se le comunica que el importe de la percepción indebida de la mencionada prestación asciende a 6.431,26 euros, correspondiente al período del 11/05/2010 al 23/01/2011.*

*De acuerdo con lo dispuesto en el art. 104 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se ha procedido a cursar una baja cautelar en su derecho, con fecha 11/05/2010, en tanto se sustancia el procedimiento.*

*Asimismo, se le comunica que con esta fecha se procede a la suspensión cautelar del abono de la prestación que venía percibiendo.*

*De no estar conforme con lo anterior, dispone de un plazo de 10 días para formular, por escrito, ante la Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal, las alegaciones que estime convenientes a su derecho.*

**(...)"**.

**Quinto.-** El 22.08.11 la demandante remitió escrito al SPEE, comunicando nuevo domicilio a efectos de notificaciones y solicitando un aplazamiento del plazo conferido para alegaciones.

**Sexto.-** El 01.09.11 se presentó por la demandante ante el SPEE solicitud de entrevista personal con el personal encargado de tramitar el expediente iniciado con núm. de referencia 47071314-C.

**Séptimo.-** En fecha 17.10.11 se dictó resolución por la Directora Provincial del SPEE, por la que se acordaba:

*"Revocar la resolución de fecha 14/05/2010, y declarar la percepción indebida de la misma en la cantidad de 6.431.26 euros, correspondientes al período del 11/05/2010 al 23/01/2011".*

Dicha resolución fue notificada a la demandante en fecha 18.01.12.

**Octavo.-** Según vida laboral de la demandante la misma figura en situación de alta por las empresas FV Y ASOCIADOS desde el 05.07.07 al y R&G ABOGADOS SOCIEDAD CIVIL desde el 24.01.11 al y en situación asimilada a la de alta (vacaciones retribuidas no disfrutadas) en los períodos 01.05.10-10.05.10 y 11.06.11-20.06.11.

**Noveno.-** La demandante no figura en el censo del Impuesto sobre Actividades Económicas correspondiente a los ejercicios 2007-2011.

**Décimo.-** La demandante, a fecha 02.09.11 no había estado asociada a la Mutuality de la Abogacía ni había sido trabajadora de la misma ni había mantenido nunca relación laboral con la misma.

**Undécimo.-** Frente a dicha resolución se interpuso reclamación previa por la demandante en fecha 15.02.12, que no prosperó (Resolución de 08.05.12).

Diario LA LEY

**Duodécimo.-** La base reguladora diaria para el caso de estimación, no controvertida, asciende a 53,63 €.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Los hechos declarados probados resultan así de una valoración conjunta de la prueba documental aportada en juicio, en particular del expediente administrativo.

**Segundo.-** *Pretende la demandante con carácter principal que se declare la caducidad del procedimiento administrativo iniciado por la Dirección Provincial de Madrid del SPEE bajo el núm. de expediente (...) (2800001/ACC-R78.3/T.C.099), al haber transcurrido en exceso el plazo de tres meses, desde la fecha en que se inició dicho procedimiento hasta la fecha de notificación a la compareciente de la resolución de fecha 17.10.11. Se opone a tal declaración de caducidad, alegando no haber prescrito el deber de reintegrar.*

Dispone el art. 42 de la LRJAPPAC:

"1. La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación.

En los casos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como la desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables.

Se exceptúan de la obligación, a que se refiere el párrafo primero, los supuestos de terminación del procedimiento por pacto o convenio, así como los procedimientos relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de comunicación previa a la Administración.

2. El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento. Este plazo no podrá exceder de seis meses salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria europea.

3. Cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses. Este plazo y los previstos en el apartado anterior se contarán:

a) En los procedimientos iniciados de oficio, desde la fecha del acuerdo de iniciación.

Diario LA LEY

(...)".

Conforme al precepto enunciado, la Administración está obligada a notificar la resolución expresa del procedimiento iniciado de oficio, *como* es el caso que *nos ocupa*, a los tres meses contados desde la fecha del acuerdo de iniciación, que en el presente supuesto fue el 05.08.11. Sin embargo, en el supuesto de autos consta que no se notificó la resolución expresa a la demandante hasta el 18.01.12, pese a que la misma había comunicado formalmente a la Administración su domicilio a efectos de notificaciones, por escrito remitido el 22.08.11, es por lo que la demandante entiende que se ha producido la caducidad del expediente iniciado de oficio por el SPEE, mientras que la demandada considera que no debe apreciarse tal caducidad, alegando la STS de 11.05.10, dictada en unificación de doctrina, dicha Sentencia recoge la siguiente doctrina unificada:

"La cuestión planteada, consistente en determinar si, caducado un expediente de reintegro de prestaciones indebidas por haber transcurrido seis meses desde su inicio, cabe su reapertura, mientras no haya prescrito el deber de reintegrar, para dictar resolución reclamando el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas. Una interpretación lógico-sistemática de lo dispuesto en los artículos 42-1, 44 y 92-3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en relación con los artículos 3 del Real Decreto 148/1996 de 5 de febrero, y 5 de la Orden de 18 de julio de 1997, nos muestra que es más correcta la solución dada por la sentencia recurrida en el sentido de que cabe la reapertura del expediente administrativo caducado y archivado y que tal reapertura o reanudación se produce por el simple dictado de la resolución reclamando el reintegro de las prestaciones cobradas indebidamente. Tal solución tiene su apoyo en que el transcurso del plazo establecido para resolver no exime a la Entidad Gestora de su obligación de resolver, según el citado artículo 44, precepto que, además, dispone en su número 2 que el archivo del expediente no afectará a la prescripción de las acciones que correspondan a la Administración, lo que equivale a reconocer que cabe la reapertura del expediente o la iniciación de uno nuevo para ejercitar las acciones y derechos que corresponden a la Administración, cual evidencia la remisión al artículo 92-3 de la misma Ley, reapertura que se produce cuando se dicta la resolución expresa a la que viene obligada la Administración.

La Sala Tercera de este Tribunal en sentencias de 5 de diciembre de 2001 (Rec. 4963/97) y 19 de febrero de 2002 (Rec. 716/98) reconoce que, incluso cuando se trata de sanciones, el artículo 93-2 de la Ley 30/92 es tan claro que el archivo de las actuaciones por la caducidad del expediente no impide *la* reapertura de *uno nuevo* o que se reinicie el archivado, mientras no hayan prescrito los derechos objeto del mismo. Y es que, como señalamos en nuestra sentencia de 14 de mayo de 2009 (Rec. 2165/08), el plazo de tres meses del artículo 3-1 del R.D. 148/96 es un plazo que "afecta única y exclusivamente a la regulación de ese especial Diario LA LEY

expediente administrativo y su finalidad no es otra sino la de otorgar una garantía de rapidez o celeridad en su tramitación, pero no incide en las respectivas obligaciones de la gestora en torno a la reclamación de reintegro de lo indebidamente percibido ni en la del beneficiario de devolverlo. Ambas cuestiones, en su contenido material, sí podrían verse afectadas, en su caso, por las previsiones del art. 45.3 de la LGSS". Por ello, si el plazo no incide en los derechos de la gestora que la misma puede reclamar mientras no prescriban, es claro que la gestora puede reabrir el expediente y dictar la oportuna reclamación, pues la caducidad del expediente comporta solamente que el mismo no ha interrumpido el curso de la prescripción".

Conforme a la jurisprudencia transcrita, invocada por la demandada, aplicada al supuesto de autos llegaríamos a la conclusión de que, *si bien sí habría que estimar caducado el expediente por transcurso del plazo establecido en el art. 42.3 LRJAPPAC arriba enunciado, no habiendo prescrito, sin embargo, el derecho de la Administración a reclamar el reintegro de prestaciones cobradas indebidamente, cabría la reapertura del expediente caducado* (caducidad cuyo único efecto sería, pues, la no interrupción del plazo de prescripción), y dice el propio TS que dicha reapertura que se produce cuando se dicta la resolución expresa a la que viene obligada la Administración.

Ello supone que no pueda estimarse la pretensión principal de la demanda, respecto de declarar la caducidad del procedimiento administrativo.

**Tercero.-** Ello lleva al examen de *la pretensión ejercitada con carácter subsidiario*, que según el suplico de la demanda es la declaración de que la resolución de 17.10.11 por la Dirección Provincial de Madrid del SPEE en el expediente (...) (2800001/ACC-R78.3/T.C.099) no es ajustada a derecho, anule la misma, declarando el derecho de la compareciente a reanudar el cobro de las prestaciones de desempleo que le restan en los términos reconocidos en la resolución del SPEE de fecha 14.05.10 y declarando correctamente percibidas por la actora las prestaciones desempleo correspondientes al período comprendido entre el 11.05.10 al 23.01.11, condenando a la demandada a estar y pasar por esa declaración y al abono de la prestación económica correspondiente. Se opone también a tal pretensión la parte demandada, alegando que la resolución es correcta, por encontrarse la demandante a la fecha del reconocimiento del derecho a la prestación por desempleo en situación de ejerciente en el ICAM.

*La resolución atacada parte de los siguientes hechos: Que la demandante estaba desempeñando un trabajo por cuenta propia en el momento de la situación legal de desempleo y en el momento del nacimiento del derecho a las prestaciones por desempleo, que a la fecha de inicio de la prestación (11.05.10) estaba de alta como ejerciente en el Colegio de Abogados de Madrid,* y en la siguiente fundamentaron

jurídica: "Las prestaciones por desempleo serán incompatibles con el trabajo por cuenta propia, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en algunos de los regímenes de la Seguridad Social, o con el trabajo por cuenta ajena, excepto cuando el trabajo que se realice sea a tiempo parcial, según el art. 221.1 de la citada norma.

Efectivamente, dispone el art. 221.1 TRLGSS:

"La prestación o el subsidio por desempleo serán incompatibles con el trabajo por cuenta propia, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la seguridad social, o con el trabajo por cuenta ajena, excepto cuando éste se realice a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado".

*La incompatibilidad para la prestación por desempleo se deriva, pues, conforme al precepto transcrito, no de la situación de alta como ejerciente de la demandante ante el ICAM, sino del hecho de realizar trabajo por cuenta propia (STS 20.03.2000), y ello aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la seguridad social.*

*El único elemento del que parte la Administración para entender que la demandante realizaba un trabajo por cuenta propia incompatible con la prestación por desempleo era su situación de alta como ejerciente ante el ICAM. Ahora bien, el mero hecho de estar colegiado como abogado ejerciente, no significa necesariamente que se realice una actividad profesional. El hecho de que la demandante no cursara baja como ejerciente ante el ICAM no presupone, sin más, la realización de un trabajo productivo.*

Partiendo, pues, de que *el alta de la actora como abogado en ejercicio no supone por sí solo el desempeño de trabajo por cuenta propia o ajena, no existe prueba alguna de que haya realizado actividad laboral incompatible con el desempleo en el período referido por la resolución del SPEE.* No consta la demandante en el censo del IAE en ninguno de los ejercicios desde 2007 a 2011, tampoco consta de alta en el RETA ni en la Mutualidad e la Abogacía. Por consiguiente, no se ha acreditado en el supuesto enjuiciado que la actora mientras percibió la prestación por desempleo desempeñó simultáneamente una actividad por cuenta propia incompatible, por lo que hay que concluir que no concurre el supuesto de incompatibilidad en que se fundamenta la resolución revocatoria del acto administrativo de 14.05.10 (resolución de reconocimiento del derecho a la prestación por desempleo) y la declaración de la percepción indebida de las cantidades percibidas en el período de 11.05.10 a 23.01.11, por lo que la resolución del SPEE de 17.10.11 no es ajustada a derecho, debiendo dejarse la misma sin efecto, con las consecuencias inherentes, en cuanto al derecho de la demandante a la reanudación en el cobro de las



prestaciones de desempleo que le restan en los términos reconocidos en la resolución del SPEE de fecha 14.05.10 y declarando correctamente percibidas por la actora las prestaciones desempleo correspondientes al período comprendido entre el 11.05.10 al 23.01.11, condenando a la demandada a estar y pasar por esa declaración y al abono de la prestación económica correspondiente.

**Cuarto.-** Atendiendo a lo que es objeto de reclamación en esta litis y a lo dispuesto en el art. 191 LRJS, procede declarar que contra esta resolución cabe interponer recurso de suplicación.

### FALLO

ESTIMO la demanda interpuesta por DÑA. ARANCHA, frente al SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO, y en consecuencia, DECLARO el derecho de la demandante a la reanudación en el cobro de las prestaciones de desempleo que le restan en los términos reconocidos en la resolución del SPEE de fecha 14.05.10 y DECLARO correctamente percibidas por la actora las prestaciones desempleo correspondientes al período comprendido entre el 11.05.10 al 23.01.11, condenando a la demandada a estar y pasar por esa declaración y al abono de la prestación económica correspondiente.

Notifíquese la presente resolución, haciendo saber a las partes que contra la misma pueden interponer recurso de suplicación en la forma y plazos previstos en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo, Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Fernández Luis, Magistrada en funciones de refuerzo en el Juzgado de lo Social núm. 39 de Madrid.

**DILIGENCIA.-** En fecha 09.07.2013, fue publicada la anterior resolución. Asimismo, **de** conformidad con lo previsto en el art. 97.4 de la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se notifica esta sentencia a las partes con la advertencia de que no es firme y contra ella cabe formular **RECURSO DE SUPLICACIÓN** ante el Tribunal Superior de Justicia dentro de los CINCO DÍAS hábiles siguientes a la notificación de esta resolución, bastando para ello la mera manifestación de la parte o de su abogado, graduado social o su representante al hacerle la notificación de aquella, de su propósito de entablarlo o bien por comparecencia o escrito de las partes, de su abogado, graduado social o de su representante dentro del plazo indicado.

Si el recurrente no goza del beneficio de justicia gratuita deberá al tiempo de anunciar el recurso, haber consignado la cantidad objeto de condena en la Cuenta

de Depósitos y Consignaciones que tiene abierta este Juzgado con el número 4283 en el BANESTO, sita en la Calle Princesa, 3 de Madrid, sucursal 1033.

Asimismo, deberá en el momento de interponer el recurso consignar, en virtud de lo establecido en el art. 229.1 de la nueva ley reguladora de la jurisdicción social, la suma de 300 euros en concepto de depósito en dicha cuenta, haciendo constar en el ingreso el número de procedimiento.

Si el recurrente fuera Entidad Gestora, deberá presentar ante el Juzgado al anunciar su recurso, certificación acreditativa de que comienza el abono de la prestación de pago periódico y que lo proseguirá puntualmente durante la tramitación del recurso.

**Se le advierte asimismo, que con el escrito de interposición del recurso deberá acompañarse por todo aquel que no gozara de las exenciones previstas en el art. 4 de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, el justificante de haber ingresado la tasa establecida en dicha Ley, que deberá efectuarse por autoliquidación en el modelo oficial 696 debidamente validado en la forma prevista en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre. Doy fe.**