



Roj: **STS 1620/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1620**

Id Cendoj: **28079140012017100274**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/04/2017**

Nº de Recurso: **694/2016**

Nº de Resolución: **302/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOSE LUIS GILOLMO LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 5 de abril de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación para unificación de doctrina, interpuesto por el Letrado Don Carlos García-Manrique y García Da Silva, nombre y representación de Doña Serafina , contra la sentencia dictada en fecha 19 de noviembre de 2015 por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Málaga, en el recurso de suplicación nº 1328/15 , formulado por la representación del Servicio Público de Empleo Estatal, frente a la sentencia de fecha 9 de febrero de 2015 dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de Málaga , en autos nº 471/2014, seguidos a instancias de DOÑA Serafina contra SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL (SPEE), sobre reclamación de Desempleo. Se ha personado como parte recurrida el Abogado del Estado, en nombre y representación del Servicio Público de Empleo Estatal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Gilolmo Lopez

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 9 de febrero de 2015 el Juzgado de lo Social nº 6 de Málaga dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que estimando la demanda interpuesta por D^a Serafina , frente al SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO sobre prestaciones de Desempleo, en Pago Único, se deja sin efecto al resolución de 22/01/2014 declarando el derecho de la actora a percibir prestaciones contributivas por desempleo en pago único solicitado.»

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- La demandante , provista de DNI nº NUM000 prestaba servicios para la entidad V.B LALY, S.L. auxiliar de tintorería, que explotaba en régimen de franquicia Presto, negocio de tintorería, en el Centro Comercial Larios , y mediante carta datada el 13/11/2013 fue objeto de despido por causas económicas, habiendo recibido indemnización mediante cheque por importe de 6.223,50 euros datado el 29/11/2013. Mediante cartas de fecha 31/05/2013 y 05/12/2013 la empresa despido a otras dos trabajadoras.

SEGUNDO.- La actora solicita prestación contributiva y en fecha 29/11/2013 se dicta resolución por la que se aprueba a su favor prestación por desempleo con 720 días de derecho, desde el 29/11/2013 a 28/11/2015. Con una base reguladora diaria de 40,42 euros y fecha de inicio del pago el 10/12/2013.

TERCERO.-En fecha 29/11/2013 la actora solicita pago único de la prestación contributiva, acompañando al efecto memoria explicativa de viabilidad del proyecto referido a la actividad de servicio de tinte, limpieza en seco, lavado y planchado como trabajadora autónoma , con fecha prevista de inicio de la actividad el 10/12/2013, capital necesario de 12.000,00 euros, de los cuales 6.000,00 lo son de capital propio y 6.000,00 de crédito bancario.

De dicha cantidad prevee 6.756,00 euros para pago de alquiler, 3.400,00 para equipo necesario y 600,00 para seguros o suministro. El local de ejercicio de la actividad se fija en Centro Comercial Larios de Málaga, Se previene la contratación de 2 auxiliares de tintorería. (se da por reproducido el contenido de la memoria).



Acompaña factura pro forma emitida por VB LALY, S.L. referido a instalación eléctrica de tienda de El Palo y Larios, maquinaria y mobiliarios, equipo informático, así como póliza de préstamo suscrita con Banco Sabadell por importe 6.00,000 euros .

CUARTO.-En fecha 10/01/2014 aporta documental requerida referida a licencia de apertura , arrendamiento de local y manifestando haber reclamado frente a la extinción de la relación laboral.

QUINTO.- En fecha 22/01/2014 se dicta resolución por la que se deniega la modalidad de pago único solicitada por perseguir la actora fines distintos a los propios del programa de fomento del empleo.

Según se establece, el proyecto de la parte actora tiene como finalidad financiar el traspaso de los medios de producción y continuar con la actividad que ya realizaba como trabajador por cuenta ajena.

SEXTO.-En fecha 27/02/2014 la actora formula reclamación previa.

Dicha reclamación es desestimada mediante resolución de fecha 31/03/2014.

SÉPTIMO.- La actora está dada de alta como empresaria en la actividad de lavado y limpieza de prendas textiles, manteniendo en alta a los trabajadores que se relacionan en la vida laboral de código cuenta de cotización que figura en documento nº 9 aportado en el acto del juicio por la parte actora, cuyo contenido se da por reproducido.»

TERCERO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la referida sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Málaga, dictó sentencia con fecha 19 de noviembre de 2015 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: « **Que debemos estimar y estimamos** el Recurso de Suplicación interpuesto por SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº SEIS de MÁLAGA de fecha 09/02/2015 , recaída en los Autos del mismo formados para conocer de demanda formulada por DOÑA Serafina contra SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL sobre DESEMPLEO, y, en su consecuencia, revocando la sentencia recurrida, debemos desestimar y desestimamos la demanda interpuesta absolviendo al demandado de las pretensiones en la misma contenidas..»

CUARTO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de Doña Serafina el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en fecha 8 de marzo de 2012, recurso nº 2493/2011 , denunciando la infracción del R.D. 1044/1985 de 19 de junio.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 14 de septiembre de 2016 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formulara su impugnación en el plazo de diez días.

SEXTO.- Evacuado el trámite de impugnación, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminando en el sentido de estimar el recurso. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el 5 de abril de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La cuestión que plantea el presente recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si procede, en aplicación de los arts. 1 y 2 del RD 1044/1985 , otras normas concordantes de rango superior y de la doctrina jurisprudencial que los interpreta, la percepción de una prestación de desempleo, en la modalidad de pago único, cuando la beneficiaria, tras haber sido objeto de un despido objetivo por causas económicas, con posterioridad, vino a realizar en el mismo local, ahora por cuenta propia, la misma actividad (tintorería) que antes efectuaba por cuenta ajena.

2. La demandante, según describe el relato de hechos probados de la sentencia de instancia, transcrito en su integridad en los antecedentes de la presente resolución y rectificado en suplicación en el único sentido de adicionar al ordinal tercero que la empresa que se indica suscribió un acuerdo modificativo (folios 118 y 121) del contrato de arrendamiento del mismo local (Centro Comercial "Larios", en Granada) para cederlo a la actora, había venido prestando servicios por cuenta y orden de la empresa "V. B LALY, SL" (que explotaba un negocio de tintorería en ese mismo local en régimen de franquicia ["Presto"]), como auxiliar de tintorería, hasta que el 13 de noviembre de 2013 fue despedida por causas económicas, percibiendo por ello la indemnización de 6.223,50 € en un cheque datado el día 29 del mismo mes y año. Tras el despido, la demandante solicitó la prestación contributiva por desempleo que le fue reconocida por 720 días (desde el 29-11-2013 al 28-11-2015), conforme a una base reguladora diaria de 40,42 € y con fecha de inicio del pago el 10-12-2013. El mismo día 29-11-2013 instó del SPEE el abono de la prestación en su modalidad de pago único, acompañando al efecto



la memoria explicativa de la viabilidad del proyecto, referido a la actividad de tinte, limpieza en seco, lavado y planchado, como trabajadora autónoma, siéndole denegada tal solicitud, en esencia, porque el proyecto "tiene como finalidad financiar el traspaso de los medios de producción y continuar con la actividad que ya realizaba como trabajador por cuenta ajena" (h. p. 5º).

3. La sentencia aquí recurrida en casación unificadora (STSJ Andalucía/Málaga 19-11-2015, R. 1328/15), revocando la de instancia, que había acogido favorablemente la pretensión y reconocido a la actora la prestación de pago único, estima la suplicación del SPEE y concluye desestimando la demanda. Ese recurso de la Gestora, además de postular la rectificación fáctica arriba descrita, denunciaba únicamente, al amparo del art. 193.b) LRJS, la infracción del RD 1044/85, "alegando [en síntesis, según nos informa la Sala de Málaga: FJ 2º] que no cumple los requisitos exigidos".

4. Recurre ahora la propia demandante con amparo en el art. 207.e) LRJS, denunciando la infracción de los arts. 1 y 3 de aquél mismo RD 1044/85, invocando como sentencia de contraste la dictada el 8 de marzo de 2012 (R. 2493/11) por la Sala del TSJ de Valencia y sosteniendo, en esencia, que "no solo se cumplen los requisitos que previene la norma vigente, sino que igualmente se cumple la finalidad que para esta modalidad de pago único previene la normativa vigente en los términos que expresa la exposición de motivos del RD...que lo regula, en concreto, *propiciar la iniciativa de autoempleo de los trabajadores desempleados, facilitando la realización de un trabajo por cuenta propia..., a aquellas personas que hubieran perdido su trabajo anterior*".

5. La sentencia referencial revoca la dictada en instancia y declara el derecho del actor a percibir la prestación de desempleo en pago único en un supuesto en el que, según consta en la declaración de hechos probados, el beneficiario prestó servicios por cuenta ajena para una empresa dedicada a la venta de muebles al por mayor, siendo despedido por causas objetivas. Le fue reconocida la prestación y solicitó su abono en la modalidad de pago único para instalarse en el mismo local y dedicarse a la misma actividad que su anterior empresario; para ello adquirió diversa maquinaria tanto a la empresa para la que había trabajado como a una tercera empresa, suscribiendo nuevo contrato de arrendamiento con la titular del local. La Sala de Valencia considera que concurren los requisitos que permiten el pago único dado que el recurrente es titular del derecho a la prestación por desempleo, estaba afiliado al RGSS, vio extinguido su contrato por causas objetivas y acreditó el inicio de una actividad profesional como autónomo, sin que tal conclusión -añade- quede desvirtuada por el hecho de que el actor pretenda continuar la actividad que hasta entonces había desarrollado la anterior empresa para la que el había prestado servicios por cuenta ajena.

6. Concorre el requisito de contradicción previsto en el art. 219 LRJS, tal como igualmente sostiene el preceptivo dictamen del Ministerio Fiscal, porque, como se vio, en ambos casos los trabajadores, una vez despedidos, iniciaron sendas actividades iguales, como autónomos, y en el mismo local en el que las habían desarrollado por cuenta ajena con la anterior empresa; pese a todo ello, las sentencias comparadas alcanzan soluciones distintas: la recurrida deniega el pago único mientras que la referencial lo reconoce.

Es cierto, como destaca el Abogado del Estado en su escrito de impugnación, que la sentencia recurrida parece fundamentar la desestimación de la demanda en la figura del fraude de ley del art. 6.4 del Código Civil, pero lo hace, siguiendo otros precedentes similares de la misma Sala, en razón a una circunstancia ("*simular un despido*") que en absoluto consta acreditada así en la declaración de hechos probados, en la que solamente figura que, realmente, "fue objeto de despido por causas económicas" (h. p. 1º), habiendo percibido la pertinente indemnización por ello.

El verdadero motivo de la desestimación de la demanda en el caso de la sentencia recurrida, pese a la cita del art. 6.4 CC, se halla en su Fundamento Jurídico 4º, que puede compendiarse así: "...en aplicación de las normas reguladoras [el art. 23 de la Ley 31/1984 y el RD 1044/1985 que la sentencia menciona con anterioridad] y al no obedecer a la indicada finalidad de propiciar la iniciativa de autoempleo de los trabajadores desempleados, pues la parte actora lo que viene es a continuar la actividad ejercida hasta entonces como trabajador por cuenta ajena, no cabe reconocer la prestación solicitada pues...la finalidad del abono del desempleo mediante la modalidad de pago único...es la de apoyar iniciativas tomadas por los trabajadores que, una vez que se encuentran en situación de paro subsidiado, pretenden salir de ella mediante la creación de nuevas empresas o su incorporación inicial a cooperativas ya constituidas pero a las que hasta ese momento no pertenecen, de ahí que los artículos 1 y 3 contemplen actividades de futuro, y para el caso de las cooperativas se exija la presentación de una solicitud de ingreso o el proyecto de nueva creación, pero lo que no es legalmente posible y debe considerarse realizado en fraude de Ley, de conformidad con el artículo 6.4 del Código Civil, es simular un despido [el subrayado es nuestro] que permita acudir al desempleo para continuar, que no iniciar, la misma actividad, pero como trabajador económicamente dependiente....".

Y es precisamente ahí donde radica la discrepancia que hemos de unificar porque -insistimos- la sentencia referencial, partiendo de la continuidad en la misma actividad (antes por cuenta ajena ahora por cuenta propia,



sin mediar nueva empresa o incorporación a cooperativa alguna), pero haciendo prevalecer la finalidad de la preservación del autoempleo, a diferencia de lo que concluye la sentencia recurrida, reconoce el pago único ("a fortiori", al entender del Ministerio Fiscal).

SEGUNDO .- 1. La doctrina correcta se contiene en la sentencia referencial, no en la recurrida, y para alcanzar tal conclusión resulta obligado partir de los siguientes criterios, establecidos desde hace años por la jurisprudencia de la Sala, tal como pone atinadamente de relieve el Ministerio Fiscal:

"A) El R.D. 1.044/85 de 19 de junio, constituye una medida tendente a cumplir dos objetivos de rango constitucional: una política orientada al pleno empleo (art. 40.1 de la Constitución) y el mantenimiento de prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo (art. 41). De ahí que el R. D. se haya aprobado "como medida de fomento de empleo" tal como consta en su denominación, y que su finalidad declarada sea, según explica la propia exposición de motivos, la "de propiciar la iniciativa de autoempleo de los trabajadores desempleados, facilitando la incorporación como socios a Cooperativas de trabajo asociado o a Sociedades laborales, a aquellas personas que hubieran perdido su trabajo anterior". Finalidad a la que habría que adicionar el objetivo complementario de crear los puestos de trabajo por cuenta ajena que surgen en muchas ocasiones a consecuencia del funcionamiento de las Cooperativas y Sociedades de carácter laboral. B) Lo que la norma pretende en definitiva es ser un estímulo para que los trabajadores desempleados, en lugar de permanecer inactivos, con grave frustración personal, durante el tiempo de consumo de la prestación de desempleo en su modalidad ordinaria, opten por crear Cooperativas o Sociedades laborales o por potenciar las ya existentes. C) La implicación en este tipo de empresas constituye un riesgo evidente para los trabajadores que no cabe desconocer ni minimizar, pues al embarcarse en la aventura que ello supone para quienes no suelen tener formación ni cultura empresarial, renuncian a la estabilidad que les da la segura percepción mensual de la prestación contributiva de desempleo...y se exponen además a otras consecuencias negativas (...). D) Por último debemos tener presente que no nos encontramos ante la concesión de una prestación contributiva de desempleo en que las cautelas deben extremarse; a esta ya tenían los actores derecho por la extinción de sus contratos. El expediente de pago único corresponde a una fase posterior en la que lo que se cuestiona es, simplemente, si los trabajadores titulares de la prestación, tienen o no derecho a percibirla bajo esa modalidad" (FJ 3º STS4ª 25-5-2000, R. 2947/1999).

2. Por otro lado, como también tiene sentado esta Sala, aunque "...la DT 4ª de la Ley 45/2002 ...solo señala como supuestos societarios a las cooperativas y las sociedades laborales, no excluye de manera expresa ningún otro, y tanto el art. 1.2.c) de la Ley 20/2007 ...como la... disposición adicional 27ª de la LGSS/1994 , (normas todas ellas aplicables al caso por obvias razones temporales, pues el nuevo Texto refundido aprobado por RD Legislativo 8/2015 aún no había entrado entonces en vigor, igual, claro está, que las recientes Leyes 31/2015, que modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y economía social, y 44/2015, de Sociedades Laborales y Participadas) permiten entender que, cuando concurren las circunstancias fácticas y jurídicas que conducen obligatoriamente al encuadramiento y alta en el RETA de determinadas personas físicas, éstas..., individualmente consideradas..., reúnen la cualidad de trabajadores autónomos, también a los efectos de la prestación aquí debatida.// Además, desde la perspectiva finalista del estímulo al autoempleo, es la solución adoptada por esta Sala en situaciones similares (pueden verse al respecto, entre otras, las SSTS 25-5-2000, R. 2947/99 ; 30-5-2000, R. 2721/99 ; 20-9-2004, R. 3216/03 ; 7-11-2005, R. 4697/04 ; 11-7-2006, R. 2317/05 ; 15-10-2009, R.3279/08 ; 29-9-2011, R. 4213/10 y las que en ellas se citan, aunque alguna de las primeras con diferente normativa).// Según explicaba la exposición de motivos del RD 1413/2005, "en la línea marcada por la Estrategia Europea de Empleo, para promover el autoempleo mediante el paso de políticas pasivas de protección por desempleo a políticas activas de empleo", el principal objetivo de dicha norma consistía en "incentivar en mayor medida la obtención del propio empleo por los beneficiarios de las prestaciones por desempleo". Esa misma finalidad se advertía igualmente en el preámbulo del RD 1044/1985, de 19 de junio, que reguló por vez primera la modalidad de pago único ("propiciar la iniciativa de autoempleo de los trabajadores desempleados"). Por tanto, desde el punto de vista teleológico, cuyo objetivo fue nuevamente ratificado en el RD 1300/2009, de 31 de julio, de medidas urgentes de empleo destinadas a los trabajadores autónomos y a las cooperativas y sociedades laborales..., resulta perfectamente congruente, también a los efectos que aquí importan, porque sin duda contribuye a lograr la misma finalidad: el autoempleo" (FJ 2º STS4ª, nº 543/2016, de 21-6-2016, R. 3805/16).

3. En conclusión, lo precedentemente razonado, como ya hemos adelantado, determina que el recurso deba prosperar, sin que (en contra de lo que parece desprenderse de la sentencia impugnada, aunque también hemos explicado que, en realidad, no fue ésta la verdadera razón de la desestimación de la demanda) apreciemos elemento fraudulento alguno en la actitud de la recurrente, cosa que, en fin, nunca cabría presumir, por todo lo cual, en definitiva, estando fuera de discusión el efectivo desempeño por la recurrente de su actividad por cuenta propia en los términos legales (DT4ª Ley 45/2002 , art. 1.2.c) Ley 20/2007 y DA 27ª



LGSS/1994), resolviendo el debate suscitado en suplicación, procede, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, la desestimación del de tal clase interpuesto en su día por el SPEE y la consecuente confirmación del fallo de instancia que, como vimos, había acogido favorablemente la demanda.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Doña Serafina , contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, de fecha 19 de noviembre de 2015 en el recurso de suplicación nº 1328/2015 interpuesto contra la sentencia dictada el 9 de febrero de 2015 por el Juzgado de lo Social nº 6 de Málaga , en autos nº 471/14 seguidos a instancia de la hoy recurrente contra el SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL (SPEE), sobre Desempleo. Casamos y anulamos la sentencia recurrida. Resolviendo el debate de suplicación, desestimamos el recurso de tal clase interpuesto en su día por el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, confirmando la sentencia del Juzgado de lo Social que estimó la demanda. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la coleccion legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACION. - En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Luis Gilolmo Lopez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.