



Roj: **STSJ M 11293/2014 - ECLI: ES:TSJM:2014:11293**

Id Cendoj: **28079340032014100566**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **18/09/2014**

Nº de Recurso: **2166/2013**

Nº de Resolución: **799/2014**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOSE RAMON FERNANDEZ OTERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 11293/2014,**  
**STS 3966/2016**

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 03 de lo Social**

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 - 28010

Teléfono: 914931930

Fax: 914931958

34001360

**NIG** : 28.079.00.4-2013/0007622

**Procedimiento Recurso de Suplicación 2166/2013**

**ORIGEN:**

Juzgado de lo Social nº 12 de Madrid Seguridad social 206/2013

**Materia** : Desempleo

**Sentencia número: 799/2014-CB**

**Ilmos. Sres**

**D./Dña. JOSE RAMON FERNANDEZ OTERO**

**D./Dña. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN**

**D./Dña. ROSARIO GARCIA ALVAREZ**

En Madrid a dieciocho de septiembre de dos mil catorce habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 3 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

**EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

**S E N T E N C I A**

En el Recurso de Suplicación **2166/2013**, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. MARIA DEL CARMEN NAVARRO GALLEL en nombre y representación de D./Dña. Luis Pedro , contra la sentencia de fecha 30/09/2013 dictada por el Juzgado de lo Social nº 12 de Madrid en sus autos número Seguridad social



206/2013, seguidos a instancia de D./Dña. Luis Pedro frente a SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL, en reclamación por Desempleo, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. JOSE RAMON FERNANDEZ OTERO, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

**SEGUNDO:** En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

*PRIMERO.- EL actor, Luis Pedro , con NIE NUM000 , impugna la Resolución del SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO PUBLICO ESTATAL, de fecha 19/10/2012, por la que se declara la percepción indebida de prestaciones por desempleo en una cuantía de 19.567,80 euros, correspondiente al período de 13/9/2011 a 23/9/2011 y por el siguiente motivo:*

*" No le corresponde la prestación en la modalidad de pago único trabajadores autónomos no discapacitados ley 45/2002, por haber constituido una sociedad limitada."*

*El actor en su solicitud de forma expresa, manifestó que la forma de constitución para el desarrollo de la actividad era " Trabajador Autónomo".*

*SEGUNDO.- Con fecha 22/9/2011 el SPEE., dictó Resolución por la que aprobaba:*

*"(...) el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único por su valor actual, en los términos que se indican a continuación(...)"*

*TERCERO.- El actor con fecha 21/9/2011, elevó a Escritura Pública la constitución de una Sociedad Mercantil de Responsabilidad Limitada con la denominación LERVAD CONSULTING SL. ( SOCIEDAD UNIPERSONAL) , nombrándose a sí mismo Administrador Único de la misma.*

*CUARTO.- EL actor se dio de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos con fecha 1/10/2011.*

*QUINTO.- Ha sido agotada la vía previa administrativa.*

**TERCERO:** En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

*Desestimo la demanda del actor, Luis Pedro y declaro ajustada a derecho la Resolución impugnada con este procedimiento.*

*EN consecuencia, absuelvo al SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, de lo pretendido con la demanda*

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte D./Dña. Luis Pedro , formalizándolo posteriormente; tal recurso no fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 13/12/2013, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

**SEXTO:** Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 09 de septiembre de 2014 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**UNICO:** Frente a la sentencia de instancia se alza en suplicación el actor articulando, en primer lugar y por el 193 b) de la LRJS dos motivos fácticos puramente aclaratorios -en el hecho probado 3º adicionar que suscribió personalmente el 100% de las acciones y en el hecho probado 4º que permanece "en dicha situación ininterrumpidamente, al menos hasta el 25-9-2013- extremos ciertos, no polémicos e irrelevantes a efectos de la decisión del litigio, y por otro motivo, ya por el 193 c) de la LRJS en el que denuncia la infracción de lo dispuesto en la DT 4ª de la Ley 45/2002 en la redacción dada a la misma por la DF 20º regla 3 de la Ley 39/2010 , invocando además la STS de 29-11-2012 .



El motivo ha de estimarse. El actor se dio de alta en el RETA el 1-10-2011 (hecho probado 4º) cuestión que no condiciona la previa constitución de la SRL, como mera formalidad jurídica de su empresa, efectuada tras la situación de desempleo, pues lo relevante es la opción de alta en el RETA como trabajador autónomo en una nueva actividad que dirige y explota, que es una de las alternativas legales, la otra es la de socio trabajador de una cooperativa de trabajo asociado o sociedad que tenga carácter laboral. Sin que pueda presumirse fraude alguno la falta de alta en el RETA, en este caso, no es relevante, ya la STS de 20-9- 2004 dijo que: " *lo que pretende el artículo del Real Decreto 1044/1985 de 19 de junio, por el que se regula el Abono de la Prestación por Desempleo en su modalidad de Pago Único por el valor actual de su importe, como Medida de Fomento de Empleo, es incentivar el autoempleo, estimular la rápida iniciación de la actividad prevista. A tal exclusivo fin exige que tanto la puesta en marcha de la empresa social como el alta del trabajador en S.Social se produzcan, a más tardar, dentro del mes siguiente a la concesión de la prestación. Pero no impide expresamente, ni cabe inferirlo de su espíritu y finalidad, que una u otra se anticipen en el tiempo a un momento anterior al del percibo de la prestación capitalizada. Salvo, por supuesto, que la actividad empresarial o el alta en S. Social del trabajador sean anteriores a la situación legal de desempleo de este, pues es evidente que ello le impediría percibir la prestación incluso en su modalidad ordinaria, dada la prescripción de compatibilidad que contiene el art. 221 LGSS y sanciona, como infracción grave, el art. 17.1 de la LISOS, Ley 8/1998.*

*"La norma reacciona pues frente al retraso o la desidia en la puesta en marcha, pero no sanciona la diligencia. Precisamente porque pretende incentivar el trabajo en régimen de autoempleo, exige que la actividad real comience lo antes posible y por eso fija el plazo máximo pero no prohíbe que comience antes. Lo contrario llevaría al absurdo de entender que ha sido voluntad del autor reglamentario que los trabajadores despedidos, y desde ese instante privados del salario necesario para su subsistencia, queden condicionados para comenzar el trabajo que de nuevo le va a proporcionar su medio de vida, a la mayor o menor rapidez del Ente Gestor en la tramitación del expediente. Máxime cuando este se puede dilatar un largo periodo, sobre todo si la Dirección Provincial del Instituto decide denegar el pago único y hay que esperar a que resuelva la Dirección General del INEM, ex. Art. 3.2 del R.D, o incluso por mucho más tiempo, si denegado el recurso de alzada, el trabajador decide acudir a la vía jurisdiccional. Como quiera que esa conclusión es contraria al espíritu y finalidad del R. Decreto, hay que entender que éste si autoriza -por la táctica ciertamente, pero de modo evidente al no incluir ese factor temporal entre las irregularidades sancionables con el reintegro- que el trabajador pueda iniciar su actividad en cuanto se encuentra en situación legal de desempleo, sin tener que esperar a que el INEM le abone la prestación". Y se termina afirmando que, al margen de eventuales situaciones de fraude de ley que podrían detectarse en casos concretos, con carácter general"...hay pues que entender que no está prohibido que los actos de preparación e incluso la propia actividad se inicien antes de la solicitud de pago único."*

Y por su parte la STS 7519/2010 nos recuerda que: " *tratándose como aquí acontece de un caso de prestación por desempleo de pago único, la doctrina de esta Sala tiene señalado que, en dichos supuestos, hay que entender que no está prohibido que los actos de preparación e incluso la propia actividad se inicien antes de la solicitud del pago único.*

**VISTOS** los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

## FALLAMOS

Estimando el recurso formalizado por el/la LETRADO D./Dña. MARIA DEL CARMEN NAVARRO GALLEL en nombre y representación de D./Dña. Luis Pedro , contra la sentencia de fecha 30/09/2013 dictada por el Juzgado de lo Social nº 12 de Madrid en sus autos número Seguridad social 206/2013, y en consecuencia, revocamos dicha sentencia y ,estimando la demanda, revocamos y dejamos sin efecto la resolución impugnada condenando al SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL a estar y pasar por ello a todos los efectos.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

**MODO DE IMPUGNACIÓN** : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica



gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2828-0000-00- (NÚMERO DE RECURSO) que esta Sección tiene abierta en BANCO SANTANDER sita en Paseo del General Martínez Campos 35, 28010 Madrid, o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria de 20 dígitos (CCC) siguiente:

Clave entidad

0049

Clave sucursal

3569

D.C.

92

Número de cuenta

0005001274

I.B.A.N: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

2. En el campo **ORDENANTE** , se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF /CIF de la misma.

3. En el campo **BENEFICIARIO** , se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso.

4. En el campo **OBSERVACIONES O CONCEPTO DE LA TRANSFERENCIA** , se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento. **MUY IMPORTANTE** : Estos 16 dígitos correspondientes al procedimiento tienen que consignarse en un solo bloque. Es importante que este bloque de 16 dígitos este separado de lo que se ponga en el resto del campo por espacios. **Si no se consignan estos dieciséis dígitos o se escriben erróneamente, la transferencia será repelida por imposibilidad de identificación del expediente judicial y será devuelta a origen** . Pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito ( art. 230.1 L.R.J.S ).

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

#### **PUBLICACIÓN**

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.