



Roj: **STSJ M 9011/2008 - ECLI: ES:TSJM:2008:9011**

Id Cendoj: **28079340032008100291**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **31/03/2008**

Nº de Recurso: **3900/2007**

Nº de Resolución: **280/2008**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **JOSEFINA TRIGUERO AGUDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RSU 0003900/2007

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL-SECCIÓN 003(C/ GENERAL MARTÍNEZ CAMPOS, 27)

N.I.G: 28079 34 4 2007 0023290, MODELO: 46050

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0003900 /2007

Materia: PROCESOS POR DESEMPLEO

Recurrente/s: SERVICIO ESTATAL DE EMPLEO SPEE

Recurrido/s: María Angeles

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: JDO. DE LO SOCIAL N. 18 de MADRID de DEMANDA 0000769 /2006

Sentencia número: 280/08-MH

Ilmos/as. Sres/as. D/Dª.

JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ OTERO

JOSEFINA TRIGUERO AGUDO

EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA

En MADRID a treinta y uno de Marzo de dos mil ocho, habiendo visto las presentes actuaciones la Sección 003 de la

Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados/as, 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

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0003900 /2007, formalizado por el ABOGADO DEL ESTADO, en nombre y representación de SERVICIO ESTATAL DE EMPLEO SPEE, contra la sentencia de fecha 8-3-07, dictada por el JDO . DE LO

SOCIAL nº18 de MADRID en sus autos número 769 /2006, seguidos a instancia de María Angeles frente a



SERVICIO ESTATAL DE EMPLEO SPEE, en reclamación por Desempleo, percepción indebida, siendo Magistrado-Ponente la

Ilma. Sra. D^a. JOSEFINA TRIGUERO AGUDO , 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. D^a María Angeles solicitó pago único de la prestación contributiva por desempleo; hizo constar que la forma de constitución para el desarrollo de la actividad era trabajador autónomo y actividad: centro de estética y micropigmentación. Presenta la solicitud el 21 de septiembre de 2005.

En el informe de la Subdirección Provincial de Prestaciones se hizo constar prestación reconocida 41, base reguladora 44,05, fecha de inicio 16.8.2005, días derecho 180, n° días pendientes percibir en fecha solicitud 144; Resolución aprobatoria, fecha de capitalización 22 de septiembre de 2005, n° de días a capitalizar 144 (folio 113).

En la memoria hizo constar que adoptaba la forma jurídica de autónomo, fecha prevista de comienzo de la actividad 3- 10.2005, capital necesario 100.000, capital propio 20.000, capital ajeno 75.000, importe capitalización desempleo 5.000.

SEGUNDO. El 4.10.2005, se le reconoce el alta en el R.E.T.A. (folio 116).

TERCERO. Presenta declaración de alta censal y solicitud de N.I.F. para la denominación social TOLEDO PUIG, PAZ MATILDE 000871683E S.I.N.E. (folio 109).

Y presenta los datos identificativos de la creación de la nueva empresa como sociedad limitada el 20.9.2005, fecha de inicio de la actividad 3.10.2005 (folio 103).

El 3 de octubre de 2005, se constituye TOLEDO PUIG, PAZ MATILDE 000871683E S.I.N.E., S.L. por la actora y su esposo, casados en régimen de separación de bienes.

CUARTO. Por resolución de 23 de septiembre de 2005, se aprueba el abono de la prestación por desempleo pago único, en los siguientes términos:

"- Cuantía prevista de la inversión 95.000 euros.

- Cuantía a capitalizar 892,35 euros (En el caso de trabajadores autónomos no afectados por minusvalía el límite máximo a abonar será el 20°s de la prestación pendiente de percibir).

- Días a capitalizar: 29

Justificación: En el plazo de un mes desde el abono de la capitalización deberá iniciar la actividad y presentar en la Oficina de Prestaciones, la siguiente documentación:

a) Documento de alta en Seguridad Social.

b) Documento de alta en Censo de Actividades Económicas en el que conste fecha de inicio de actividad.

c) Justificante de la inversión realizada".

(Folios 15 y 67).

QUINTO. El SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL abonó, por el período 22 de septiembre de 2005 a 20 de octubre de 2005, 892,35 euros (folio 101).

SEXTO. El 2 de febrero de 2006, presenta copia del abono de las cotizaciones a la Seguridad social (folios 30 y 31) por cuantía cada uno de los meses de octubre a diciembre de 318 euros.

SEPTIMO. Por resolución de 8.2.2006, se comunica que ha



cobrado indebidamente 892,35 euros del período 22 de septiembre de 2005 a 20 de octubre de 2005, por no proceder el abono del 20% para constituir una sociedad limitada, P. único aut. no minusválido Ley 45/2002 (folio 61). Se conceden 10 días para reintegrar y si no está conforme se conceden 10 días para alegaciones.

El 10.3.2006, realiza alegaciones (folio 60).

Se dictó resolución, el 3.7.2006, acordando "Declarar la percepción indebida de prestaciones por desempleo en una cuantía de 892,35 euros correspondientes al período de: 22/09/2005 - 20/10/2005 y por el motivo. P. UNICO AUT. NO MINUSVALIDO LEY 45/2002" (folio 58).

El 2 de agosto de 2006, solicita el Sr. Fernández, en representación de la actora, una entrevista personal con responsable de C.I.; se le cita para el 21 de septiembre y consta que llamó por teléfono diciendo que había puesto demanda (folio 56).

OCTAVO. Se presenta reclamación previa.

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

"Estimando la petición subsidiaria de D^a María Angeles , se deja sin efecto la resolución del INSTITUTO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL (I.N.E.M.) que declara percibida indebidamente la prestación por desempleo de pago único, y se considera ajustado a derecho el reconocimiento efectuado por resolución de 23 de septiembre de 2005".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la Letrada D^a M^a Angeles Gamero Soto en nombre y representación del SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL (S.P.E.E.)

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 2-8-07, dictándose las correspondientes y subsiguientes decisiones 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 13-3-08 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 que acogió la petición subsidiaria formulada en la demanda se alza la demandada en Suplicación y formula un único motivo que ampara en el apartado c) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral y en el que alega infringida por inaplicación la Disposición Transitoria 4^a de la Ley 45/2002 de 12 de diciembre .

Como cuestión previa alega la impugnante que debe inadmitirse el recurso en cuanto que la Gestora de acuerdo con lo dispuesto en el art. 193.4 dice de la Ley de Procedimiento Laboral debió al anunciar el recurso certificación acreditativa de que comenzaba el abono de la prestación y que lo proseguirá durante la tramitación del recurso, y al no haberlo hecho así debió el juzgado dictar auto teniendo por no anunciado aquél; cuestión la planteada que de ser viable, conllevaría la retroacción de actuaciones ante la no advertencia en la sentencia del requisito que se dice omitido, y que rechazamos, pues tal exigencia la limita el art. 192.4 L.P.L . a los supuestos en que se condena a la Entidad Gestora al pago de una prestación periódica y aquí se declaró ajustada a derecho la resolución que reconoció el derecho de la actora al percibo de la de desempleo en su modalidad de pago único, carácter que no cambia por el hecho de que se hagan abonos parciales y trimestrales para subvencionar la cotización a la S.S.

Pasando a analizar el recurso en el que, en síntesis, se argumenta que se ajusta a derecho la resolución administrativa sobre percepción indebida de prestaciones por desempleo, dado que conforme ala D.T. 4^a de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre , pues la actora no se constituyó como trabajadora autónoma, sino que es socia fundadora y administradora única de una entidad mercantil constituida junto con su esposo, y si bien por aquellas condiciones debe estar de alta en el RETA ello no significa que sea trabajadora autónoma; tesis la aquí sostenida que esta Sala comparte pues el abono de la prestación en su modalidad de pago único se cifiene legalmente a los beneficiarios cuando pretendan incorporarse, de forma estable, como socios trabajadores o de trabajo en cooperativas o en sociedades laborales, siempre que no hayan mantenido un vínculo contractual previo con dichas sociedades superior a los 12 meses, o constituir las, o cuando dichos beneficiarios, pretendan constituirse como trabajadores autónomos...", y si a la actora se le reconoció por esta última causa y no se constituyó como tal sino que con su esposo fundó una entidad mercantil de responsabilidad limitada de la que es también Administradora única, la decisión de la Gestora expresada en su Resolución de 8-02-2006, ratificada en 3-07-2006 es conforme a derecho, sin que la razón dada por el juzgador "a quo" para llegar a la conclusión



contraria, podamos asumirla, pues si la sociedad, según dice, debe considerarse "como un mero instrumento para alterar la verdadera personalidad que es la de la persona física", cabe señalar que no se puede a unos efectos utilizar una forma jurídica para beneficiarse en unos aspectos, y, a otros y a su conveniencia, negar la realidad de aquélla y sostener que es una mera pantalla que encubre una actividad autónoma, debiendo estar a lo que voluntariamente la demandante decidió.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que debemos estimar el Recurso de Suplicación interpuesto por el ABOGADO DEL ESTADO, en nombre y representación de SERVICIO ESTATAL DE EMPLEO SPEE contra la sentencia de fecha 8-3-07, dictada por el JDO. DE LO SOCIAL nº18 de MADRID en sus autos número 769 /2006, seguidos a instancia de María Angeles frente a SERVICIO ESTATAL DE EMPLEO SPEE, en reclamación por Desempleo, percepción indebida, desestimamos la demanda y absolvemos a la demandada de los pedimentos frente a ella deducidos confirmando las resoluciones administrativas impugnadas.

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.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, previsto en los artículos 216 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 219, 227 y 228 de la citada Ley.

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, y por lo que respecta a los dos últimos preceptos dichos (227 y 228), que el depósito de los 300 euros deberá ser efectuado ante la Sala Cuarta o de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de personarse ante ella y en su cuenta número 2410, abierta en el Banco Español de Crédito, sucursal de la calle de Barquillo, nº 49, oficina 1006, de Madrid, mientras que la consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá acreditarse, cuando así proceda, por el recurrente que no goce del señalado beneficio de justicia gratuita ante esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso de casación para unificación citado, para lo cual deberá presentar en el tiempo dicho resguardo acreditativo de haber efectuado la indicada consignación en la cuenta corriente número 2828/0000/00/3900/07 que esta Sección tiene abierta en el Banco Español de Crédito, sucursal número 1026 sita en C/ MIGUEL ÁNGEL, 17, de Madrid, pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval bancario en el que, expresa y necesariamente, habrá de hacerse constar la responsabilidad solidaria de la entidad bancaria avalista, documento escrito de aval que deberá ser ratificado por persona con poder bastante para ello de la entidad bancaria avalista.

Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

En el supuesto de que la parte recurrente hubiere efectuado las consignaciones o aseguramientos necesarios para recurrir, así como los depósitos precisos a igual efecto, procédase de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 201, 202.1 y 202.3 de la citada Ley de 1.995, y siempre en atención a la parte dispositiva de esta sentencia.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, 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 de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.