



Roj: **STS 3966/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:3966**

Id Cendoj: **28079140012016100604**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/06/2016**

Nº de Recurso: **3805/2014**

Nº de Resolución: **543/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOSE LUIS GILOLMO LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

SENTENCIA

En Madrid, a 21 de junio de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Sr. Abogado del Estado, en nombre y representación del SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL -SPEE-, contra la sentencia dictada en fecha 18 de septiembre de 2014 por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación nº 2166/13 , formulado por Don Marcelino frente a la sentencia de fecha 30 de septiembre de 2013, en autos nº 2061/13 , seguidos a instancia de DON Marcelino , sobre reclamación de prestación por Desempleo. Se ha personado ante esta Sala en concepto de parte recurrida, la Letrada Doña Carmen Navarro Gallel, en nombre y representación de D. Marcelino .

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 18 de septiembre de 2014 el Juzgado de lo Social nº 12 de los de Madrid dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Desestimo la demanda del actor, Marcelino 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.»

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

«PRIMERO.- EL actor, Marcelino , 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.- Interpuesto recurso de suplicación contra la referida sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, dictó sentencia con fecha 18 de septiembre de 2014, en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Estimando el recurso formalizado por el/la LETRADO D./Doña. MARIA DEL CARMEN NAVARRO GALLEL en nombre y representación de D./Dña. Marcelino, 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.»

CUARTO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó por la representación procesal del Servicio Público de Empleo Estatal, 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 Madrid, en fecha 31 de marzo de 2008, recurso nº 3900/2007; basándose en un único motivo: Al amparo de lo establecido en el art. 224.1 y 2, en relación con el art. 207,e) de la LRJS, por infringir la D.T. 4ª de la Ley 45/02.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 30 de abril de 2015, 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 considerar improcedente el recurso. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el 21 de junio de 2016, 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 la disposición transitoria cuarta (DT 4ª) de la Ley 45/2002 y otras normas concordantes (art. 1.2.c de la Ley 20/2007 y disposición adicional vigésimo séptima LGSS/1994), la percepción de una prestación de desempleo, en la modalidad de pago único, cuando se constituye por el beneficiario una sociedad de responsabilidad limitada (SRL) en la que, además de haber suscrito él mismo el 100% del capital, se nombró a sí mismo Administrador Único, dándose de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) el 1 de octubre de 2011, casi de manera simultánea a la fecha en la que elevó a Escritura Pública la propia SRL (21/9/2011).

2. Como decimos, el demandante, según describe el incuestionado relato de hechos probados de la sentencia de instancia, había elevado a Escritura Pública la constitución de una SRL [“LERVAD CONSULTING SL. (SOCIEDAD UNIPERSONAL)”] el día 21 de septiembre de 2011, nombrándose a sí mismo Administrador Único, dándose de alta en el RETA el 1 de octubre de aquel año. Solicitó prestación de desempleo en la modalidad de pago único, para el desarrollo de una actividad por cuenta propia, que le fue reconocida por resolución del Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) de 22 de septiembre de 2011. Una nueva resolución de la Gestora de fecha 19 de octubre de 2012, tras la tramitación del pertinente expediente administrativo, declaró indebidamente percibida la prestación, en una cuantía de 19.567,80 €, por haber constituido la SRL cuando en la solicitud hizo constar que la actividad era la de “Trabajador autónomo”. Interpuso demanda ante la jurisdicción solicitando la anulación de esa última resolución y la sentencia de instancia desestimó su pretensión pero la Sala del TSJ de Madrid, en la sentencia aquí recurrida en casación unificadora (STSJM 18/9/2014, R. 2166/13), acogió favorablemente su recurso de suplicación y, tras rechazar por irrelevantes dos datos que, pese a ello, admite como “ciertos” y “no polémicos” (que el actor suscribió personalmente el 100% de las acciones; y que permaneció ininterrumpidamente en RETA al menos hasta el 25 de septiembre de 2013), revocó la decisión del Juzgado, estimó la demanda en su integridad y, en consecuencia, con transcripción parcial de la sentencia de esta Sala 4ª del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2004 (R. 3216/2003), dejó sin efecto alguno la resolución administrativa impugnada.

3. Recurre el SPEE en un único motivo que, con amparo en el art. 207.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), denuncia la infracción de la disposición transitoria 4ª de la Ley 45/2002, en relación con los arts. 228.3 y 229 de la LGSS/1994 y 1.1 del RD 1044/1085, invoca como sentencia de contraste la dictada el 31 de marzo de 2008 (R. 3900/07) por la misma Sala de Madrid y plantea, como objeto exclusivo del recurso -literalmente- “si, en el ámbito de la disposición transitoria cuarta de la Ley 45/2002 ..., las prestaciones por desempleo en la modalidad de pago único pueden ser percibidas cuando el beneficiario constituye una sociedad limitada en lugar de actuar como trabajador autónomo”.



La sentencia referencial declara probado que, en ese caso, la actora solicitó el 21 de septiembre de 2005 prestación de desempleo en la modalidad de pago único para el desarrollo de actividad como trabajadora autónoma en centro de estética y micropigmentación, dándose de alta en RETA y constituyendo una sociedad de responsabilidad limitada por lo que, después de habersele reconocido el pago único mediante resolución de 23 de septiembre de 2005, el propio SPEE, tras la tramitación del oportuno expediente, dictó nueva resolución el 3 de julio de 2006 acordando declarar la percepción indebida de la prestación por "P. único aut. no minusválido Ley 45/2002".

El Juzgado de lo Social estimó la demanda y dejó sin efecto la resolución administrativa que había declarado la percepción indebida del pago único, considerando ajustada a derecho la resolución inicial del SPEE de 23 de septiembre de 2005, pero la Sala de Madrid, al estimar la suplicación de la Gestora, revocó la sentencia de instancia por entender, según dice, que el hecho de que la beneficiaria no se constituyera como trabajadora autónoma sino que fuera socia fundadora y administradora única de una entidad mercantil de responsabilidad limitada, constituida junto con su esposo, casados en régimen de separación de bienes, impide que tenga derecho a la prestación y, según afirma de modo literal, asumiendo así la posición del recurso del SPEE, "si bien por aquellas condiciones debe estar de alta en el RETA ello no significa que sea trabajadora autónoma...pues el abono de la prestación de pago único se ciñe legalmente a los beneficiarios cuando pretendan incorporarse, de forma estable, como socios trabajadores o de trabajo en cooperativas o en sociedades laborales...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...es conforme a derecho...".

4. Concorre el requisito de contradicción previsto en el art. 219 LRJS porque coinciden en lo esencial las circunstancias fácticas (en ambos casos se trata de desempleo en pago único, los beneficiarios hicieron constar en sus solicitudes que la prestación era para constituirse como trabajadores autónomos y crearon sendas sociedades de responsabilidad limitada -suscribiendo el 100% de las acciones en la recurrida y constituyéndola junto a su esposo, en régimen de separación de bienes, en la de contraste-, de las que, también en los dos casos, los demandantes eran sus administradores únicos), son idénticas las pretensiones (ambos impugnan resoluciones de la Gestora que les reclama cobros indebidos de la misma prestación capitalizada por entender que no se habían constituido como trabajadores autónomos al haberse circunscrito a crear sendas sociedades de responsabilidad limitada), coinciden igualmente sus fundamentos (en los dos casos se analiza la transitoria 4ª de la Ley 45/2002 para determinar si tiene cabida en ella la constitución de sociedades de responsabilidad limitada en las precitadas circunstancias fácticas) y, sin embargo, pese a esas tres decisivas coincidencias, la sentencia recurrida, dando relevancia determinante al alta en RETA y en atención al espíritu y finalidad de la norma, considera que no hubo cobros indebidos y deja sin efecto la resolución del SPEE, mientras que la de contraste alcanza la solución opuesta al entender que, del tenor literal del mismo precepto, la modalidad de pago único sólo cabe cuando el beneficiario se constituya como trabajador autónomo o como socio trabajador o de trabajo en cooperativas o sociedades laborales, sin que la simple afiliación al RETA signifique que sea trabajador autónomo. Procede, pues, que esta Sala cumpla su función unificadora.

SEGUNDO .- 1. La regla 3ª del apartado 1 de la disposición transitoria 4ª de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, en la redacción aplicable al presente supuesto, que es la dada por el Real Decreto 1413/2005, de 25 de noviembre, que modificó autorizadamente la norma legal (apartado 2 de la DT 4ª: "El Gobierno podrá modificar, mediante Real Decreto, lo establecido en el apartado 1 anterior"), contempla de modo literal que "*Lo previsto en las reglas 1ª y 2ª también será de aplicación a los beneficiarios de la prestación por desempleo de nivel contributivo, que pretendan constituirse como trabajadores autónomos y no se trate de personas con discapacidad igual o superior al 33 por 100*".

No es del todo cierto que, como sostiene el recurrente, "en esa enumeración legal solo están incluidos dos supuestos, a saber (i) la incorporación, de forma estable, como socios trabajadores o de trabajo en cooperativas o en sociedades laborales; y (ii) cuando dichos beneficiarios pretendan constituirse como trabajadores autónomos y se trate de personas con discapacidad igual o superior al 33 por 100".

No es exactamente así. La transcrita regla 3ª de la DT 4ª.1 de la Ley 45/2002 extiende también la posibilidad de percibir capitalizada la prestación a quienes, sin estar afectados por discapacidad alguna, pretendan constituirse como trabajadores autónomos. La entidad gestora, consciente sin duda de esta posibilidad, aduce que "*los únicos supuestos societarios* [el subrayado en nuestro] en los que puede percibirse la prestación por desempleo en la modalidad de pago único son los dos indicados, de modo que en este asunto el beneficiario debería haber acreditado que la sociedad limitada que constituyó era precisamente una de las que establece la ley (cooperativa o sociedad laboral), lo que no es en modo alguno el caso" y, aunque después reconoce que



"queda...como única alternativa la de constituirse en trabajador autónomo", concluye afirmando que "tampoco aquí el actor lo hizo y, por tanto, se situó voluntariamente al margen de los supuestos en los que cabe percibir la prestación en forma de pago único".

2. El recurso no puede prosperar porque constituir una sociedad mercantil de responsabilidad limitada no es incompatible con la cualidad de trabajador autónomo cuando, como es el caso, la posición jurídica del socio determina su obligada afiliación al RETA, no se cuestiona el efectivo desempeño de la actividad por cuenta propia en los términos legales y ni siquiera se alega -ni existe- el más mínimo indicio de fraude con tal constitución.

En efecto, la DT 4ª de la Ley 45/2002, aunque es verdad que 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 (*"Quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, cuando posean el control efectivo, directo o indirecto de aquélla, en los términos previstos en la disposición adicional vigésima séptima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio"*) como la propia 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, siempre que la sociedad de capital lleve realmente a cabo la actividad que constituya su objeto, reúnen la cualidad de trabajadores autónomos, también a los efectos de la prestación aquí debatida.

3. 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 ; 29-10-2009, R.3279/08 ; 29-9-2011, R. 4213/10 y las que en ellas se citan, aunque alguna de las primeras con diferente normativa).

4. 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, a pesar de que su breve exposición de motivos nada diga al respecto del problema que ahora nos ocupa, parece claro que la ausencia de mención expresa a las sociedades de capital como formas de autoempleo, cuando, en determinadas circunstancias, alguno de sus socios puede ostentar la cualidad material de trabajadores por cuenta propia, resulta perfectamente congruente su equiparación con aquéllos, también a los efectos que aquí importan, porque sin duda contribuye a lograr la misma finalidad: el autoempleo.

5. En conclusión, como ya hemos adelantado, constituir una sociedad mercantil, de responsabilidad limitada en el caso, no es incompatible con la cualidad de trabajador autónomo cuando la posición jurídica del beneficiario en esa sociedad determina su obligada afiliación al RETA, no se cuestiona el efectivo desempeño de la actividad por cuenta propia en los términos legales (DT4ª Ley 45/2002, art. 1.2.c) Ley 20/2007 y DA 27ª LGSS) y ni siquiera se alega -ni existe- el más mínimo indicio de fraude.

Todo lo razonado, en fin, determina la desestimación del recurso y la consecuente confirmación de la sentencia impugnada, que contiene la doctrina ajustada a derecho, tal como informa el preceptivo dictamen del Ministerio Fiscal.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado, en representación del SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 18 de septiembre de 2014, en el recurso de suplicación nº 2166/2013, formulado contra la sentencia dictada el 30 de septiembre de 2013 por el Juzgado de lo Social nº 12 de los de



Madrid , en autos nº 206/2013 seguidos a instancia de doña Margarita contra el referido Organismo, sobre DESEMPLEO. Confirmar la sentencia recurrida. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ