



Roj: **STSJ AS 3797/2018 - ECLI:ES:TSJAS:2018:3797**

Id Cendoj: **33044340012018102804**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **26/12/2018**

Nº de Recurso: **2369/2018**

Nº de Resolución: **3009/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **ISOLINA PALOMA GUTIERREZ CAMPOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 03009/2018

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL DE OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

NIG: 33024 44 4 2018 0000930

Equipo/usuario: MGZ

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0002369 /2018

Procedimiento origen: SSS SEGURIDAD SOCIAL 0000225 /2018

Sobre: DESEMPLEO

RECURRENTE: Jesús Ángel

ABOGADO: JOSE ALBERTO COTARELO FERNANDEZ

PROCURADOR: GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO: SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL

ABOGADO: LETRADO DEL SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL

PROCURADOR: GRADUADO/A SOCIAL:

Sentencia nº 3009/18

En OVIEDO, a veintiséis de diciembre de dos mil dieciocho.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, compuesta por los Ilmos. Sres. D. FRANCISCO JOSÉ DE PRADO FERNÁNDEZ, Presidente, D^a. PALOMA GUTIÉRREZ CAMPOS, D^a. MARÍA PAZ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ y D. JOSÉ LUIS NIÑO ROMERO, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NO MBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL



ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 2369/2018, formalizado por el Letrado JOSÉ ALBERTO COTARELO FERNÁNDEZ, en nombre y representación de Jesús Ángel , contra la sentencia número 257/2018 dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de GIJÓN en el procedimiento SEGURIDAD SOCIAL 225/2018, seguido a instancia de Jesús Ángel frente a SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL, siendo Magistrada-Ponente la **Ilma. Sra. D^a. ISOLINA PALOMA GUTIÉRREZ CAMPOS** .

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Jesús Ángel presentó demanda contra el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 257/2018, de fecha seis de junio.

SEGUNDO.- En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

1º.- El actor, D. Jesús Ángel , mayor de edad, con DNI nº NUM000 , prestó servicios para SIDRERÍA CASA CORUJO, S. L. en virtud de contrato de trabajo indefinido a tiempo completo desde el 29 de abril de 1998, con centro de trabajo en la carretera del Obispo, 75, bajo de Gijón. D. Rufino Corujo Vigil actuaba como representante legal de la mercantil, siendo así que es el padre del actor y de D. Claudio .

2º.- El actor fue objeto de despido con efectos al 18 de noviembre de 2018.

3º.- El actor obtuvo el reconocimiento de prestaciones por desempleo por resolución de 22 de noviembre de 2017, con 720 días de derecho durante el periodo desde el 19 de noviembre de 2017 al 18 de noviembre de 2019. La cuantía inicial de la prestación se fijó en 32,51 euros.

4º.- El 30 de noviembre de 2017 D. Claudio , hermano del actor, constituyó la mercantil HOSTELERÍA CORUJO, S. L., con domicilio social en la carretera del Obispo, nº 75, 2º C de Gijón y con el objeto social de explotación de establecimientos de hostelería y discotecas. El 6 de febrero de 2018 se elevó a escritura pública el acuerdo de elevación del capital social y el nombramiento de administradores, entre los cuales y, con carácter solidario, se hizo constar al actor. Éste ingresó los 10.000 euros de ampliación de capital en la Caja Rural de Gijón el 31 de enero de 2018.

2º.- El Sr. Hipolito accedió a la jubilación con efectos al 1 de febrero de 2017

3º.- El 12 de diciembre de 2017 el actor solicitó la prestación de desempleo en pago único, adjuntando documentación acreditativa consistente en la escritura de constitución, alta censal y certificación del órgano de administración, denegada por resolución de 15 del mismo mes.

4º.- El 29 de diciembre de 2017 D. Hipolito , en calidad de arrendador, suscribió contrato de arrendamiento de local con HOSTELERÍA CORUJO, S. L. en virtud del cual se arrendaba el local sito en la calle carretera del Obispo 75, bajo de Gijón, con la condición de no alterar la denominación bajo la que venía girando la sidrería con anterioridad. El local se entregaba Cdotado de barra de bar, máquinas registradoras, mesas y sillas, lavavajillas, televisores, cocina, nevera, cetárea y horno industrial.

5º.- Con efectos al 18 de febrero de 2018 el actor causó alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos bajo el epígrafe de actividad económica de "restaurantes y puestos de comidas".

6º.- Presentó reclamación previa que fue desestimada por resolución de 22 de marzo de 2018

TERCERO.- En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "Desestimar íntegramente la demanda interpuesta por D. Jesús Ángel contra el Servicio Público de Empleo Estatal, absolviendo a la demandada de las pretensiones en su contra."

CUARTO.- Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Jesús Ángel formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO.- Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 8 de octubre de 2018.

SEXTO.- Admitido a trámite el recurso se señaló el día 15 de noviembre de 2018 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

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda formulada por D. Jesús Ángel contra el Servicio Público de Empleo en la que reclama la prestación de desempleo en su modalidad de pago único. Frente a dicho pronunciamiento se interpone recurso de suplicación por su representación letrada, siendo impugnado de contrario.

SEGUNDO.- Por el demandante se denuncia en el único motivo del recurso, con amparo procesal en el artículo 193 c) LJS, la infracción, por falta de aplicación, de los artículos 34 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo , 296.3 LGSS y 386 LEC .

Según resulta de la sentencia, obtuvo el reconocimiento de la prestación de desempleo por resolución de 22 de noviembre de 2017 con 720 días de derecho desde el 19 de octubre de 2017 y el 12 de diciembre solicitó el pago de la prestación en su modalidad de pago único.

El 30 de noviembre de 2017 su hermano D. Claudio , constituyó la mercantil HOSTELERÍA CORUJO, S. L., con domicilio social en la carretera del Obispo, nº 75, 2º C de Gijón y con el objeto social de explotación de establecimientos de hostelería y discotecas. El 6 de febrero de 2018 se elevó a escritura pública el acuerdo de elevación del capital social y el nombramiento de administradores, entre los cuales y, con carácter solidario, se hizo constar al actor, quien ingresó los 10.000 euros de ampliación de capital en la Caja Rural de Gijón el 31 de enero de 2018. Causó alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos el 18 de febrero de 2018.

Señala el recurrente que aunque se admite en la sentencia que es una empresa de nueva creación, a continuación razona el Juzgador que es un cumplimiento meramente formal, de carácter fraudulento, entendiéndose que el despido por parte de su anterior empleador fue un medio para lograr el desempleo y con ello realizar un aportación económica a una sociedad que nunca dejó de desarrollar su actividad económica.

TERCERO. - Antes de analizar el recurso interpuesto por el demandante, resulta preciso aludir a la revisión fáctica que el Servicio Público de Empleo interesa en su escrito de impugnación y que hace referencia a la fecha de jubilación del empresario, siendo ésta el 1 de diciembre de 2017. Revisión a la que se accede al figurar así en la documental en que se apoya, obrante en el expediente administrativo.

Defiende, a continuación, que la inmediatez con la que se constituye la nueva sociedad mercantil revela que se trata de un proyecto preexistente al despido que obedece a una mera simulación formal para lucrar la prestación que permitiría la capitalización.

Estamos ante un supuesto de dos empresas pertenecientes al mismo grupo familiar, que con motivo de la jubilación del ascendiente, en lugar de acogerse a los beneficios fiscales propios de la sucesión empresarial, los hijos constituyen una nueva empresa para continuar la misma actividad mercantil, pretendiendo su capitalización con fondos públicos por medio del pago único de la prestación por desempleo del demandante.

CUARTO.- En la sentencia de instancia se confirma la resolución de la entidad gestora que deniega el pago único de la prestación de desempleo por entender que habría incurrido en un supuesto de fraude de ley del artículo 6.4 CC .

Entiende el Juzgador que el fraude es evidente. "La mera relación de los hechos es suficiente para concluir la instrumentalización de la prestación de desempleo. El actor, que lleva cerca de veinte años prestando servicios para una mercantil respecto de la cual su progenitor detenta el control, es despedido coincidiendo con la jubilación de éste que, previamente, ha constituido una nueva sociedad dedicada a la explotación del mismo establecimiento. Poco tiempo después se verifica una ampliación de capital y el actor aporta 10.000 euros, pasando a detentar el control efectivo de la sociedad. El propio padre del actor, representando a una comunidad de bienes en el entorno familiar, arrienda el local de negocio, imponiendo la obligación de mantener la denominación del mismo y entregándolo con todos los enseres necesarios para el desarrollo de la actividad económica. En otras palabras, ni siquiera existe una interrupción de la actividad. Con todos estos datos no podemos sino inferir que el despido del trabajador fue un medio para lograr el desempleo, concertándose una voluntad fraudulenta entre el empleador y el actor, con el objeto de insuflar aliento económico a una sociedad que, en ningún momento, dejó de desarrollar la actividad de hostelería".

Resulta incorrecta tal valoración pues, en primer lugar, la nueva sociedad no la constituye el padre del recurrente sino su hermano y, en segundo lugar, el actor es despedido reconociéndose las prestaciones de desempleo sin que quepa apreciar en tal reconocimiento fraude de alguno. El local es arrendado por un tío del recurrente, no por su padre.



QUINTO.- Son dos los requisitos que la jurisprudencia viene exigiendo para ser beneficiario del pago único (sentencias entre otras de 25 mayo 2000 y 5 abril de 2017): que quien la solicite sea titular del derecho a la prestación por desempleo contributivo, y que acredite, además, que va a realizar una actividad profesional en una cooperativa o una sociedad que tenga carácter laboral según las correspondientes normas del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

No es una cooperativa la que se constituye y pero sí una sociedad laboral, pues son éstas las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada en la que la mayoría del capital social es propiedad de los trabajadores que presten en ellas servicios retribuidos en forma personal y directa, cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido.

SEXTO. - Desarrollando lo anterior, sobre esta forma de percepción de la prestación de desempleo se dice en sentencia del Tribunal Supremo de 25 mayo 2000 (RJ 2000 \4800) antes citada, en los mismos términos que se pronuncia el Alto Tribunal en sentencia más reciente de 5 abril de 2017 (RJ 2017\2536) lo siguiente: "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 (RJ 2000, 4800))."

Y continúa razonando lo siguiente: "A la luz de lo expuesto resulta obligado superar cualquier interpretación literal del Real Decreto que conduzca a soluciones excesivamente formalistas y rígidas, incompatibles con el espíritu y finalidad de la norma, a los que fundamentalmente hay que atender de acuerdo con la previsión del art. 3.1 del Código Civil, y que encorsetando la iniciativa de los trabajadores, termine disuadiéndoles de autoemplearse y de crear puestos de trabajo, produciendo en definitiva el efecto contrario al pretendido por el RD. Pues bien, una interpretación sistemática y teleológica de la norma permite alcanzar igual conclusión a la que llegó la sentencia de contraste. Y ello en atención a las consideraciones que a continuación se exponen:

1º) Por regla general, la declaración de que una prestación de Seguridad Social es indebida, que es la condición habilitante para que la Entidad Gestora pueda reclamar lo satisfecho erróneamente, sólo procede en casos extremos, como cuando se reconoce la prestación pese a la ausencia de alguno de sus requisitos o elementos esenciales; o cuando, una vez concedida, dejan de concurrir aquellos que deben mantenerse inalterados durante el período de percepción; o bien porque se demuestra que la prestación ha sido obtenida en fraude de ley o con abuso de derecho, proscritos por los arts. 6.4 y 7.2 del Código Civil. Ninguno de esos supuestos se da en el presente caso. Los requisitos constitutivos que configuran la prestación de pago único, según se desprende del art. 1.1 del propio Real Decreto, son sólo dos: que quien la solicite sea titular del derecho a la prestación por desempleo contributivo, y que acredite además que va a realizar una actividad profesional en una Cooperativa o una Sociedad que tenga carácter laboral...".

SEPTIMO.- En el caso de autos de acuerdo con los datos que se declaran probados: el recurrente, que fue despedido el 18 de noviembre de 2017, causó baja en la empresa pasando a situación de desempleo, desde la cual le fueron reconocidas las correspondientes prestaciones y después de constituirse una nueva mercantil por su hermano el 30 de noviembre, es nombrado el 6 de febrero de 2018 administrador solidario, ingresando 10.000 euros de ampliación de capital.

El 29 de diciembre de 2017 D. Hipolito, en calidad de arrendador, suscribió contrato de arrendamiento de local con la nueva sociedad en virtud del cual se arrendaba el mismo local anteriormente ocupado por



Sidrería Casa Corujo, S. L. con la condición de no alterar la denominación bajo la que venía girando la sidrería con anterioridad. Se entregaba dotado de barra de bar, máquinas registradoras, mesas y sillas, lavavajillas, televisores, cocina, nevera, cetárea y horno industrial.

El alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos bajo el epígrafe de actividad económica de "restaurantes y puestos de comidas" se produjo con efectos al 18 de febrero de 2018.

La solicitud de la prestación en su modalidad de pago único es desestimada por haber mantenido un vínculo laboral previo inmediatamente anterior a la situación de desempleo con la sociedad a la que se destina la aportación para realizar una ampliación de capital o con otra perteneciente al mismo grupo empresarial, además no es de nueva creación o no ha sido constituida dentro de los doce meses anteriores a dicha aportación.

Tales antecedentes de hecho no permiten rechazar la petición de pago único solicitada. Los dos requisitos exigidos se acreditan: el recurrente tiene reconocido la prestación por desempleo, no habiéndose revisado por la Administración su concesión y se destina el importe solicitado a la ampliación de capital de una sociedad constituida por su hermano tras el despido y de la que es nombrado administrador solidario. No es la misma sociedad, se ha constituido dentro de los doce meses anteriores a la aportación y no se invoca por el Servicio Público de Empleo como causa de denegación ni la existencia de un grupo empresarial o familiar ni la sucesión empresarial.

Procede, en consecuencia, la estimación del recurso y la revocación de la sentencia impugnada.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por D. Jesús Ángel contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de Gijón, dictada el 6 de junio de 2018, en los autos núm. 225/2018, seguidos a instancia del recurrente frente al Servicio Público de Empleo, revocamos dicha resolución y estimando la sentencia formulada declaramos el derecho del recurrente a percibir la prestación de desempleo en su modalidad de pago único, condenando a la parte demandada a estar y pasar por tal declaración y a abonar al actor la capitalización de la prestación en la cuantía y duración legalmente correspondientes en relación con los periodos reconocidos y aun no percibidos.

Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles siguientes a la fecha de notificación de la misma en los términos de los artículos 221, 230.3 de la LRJS, y con los **apercibimientos** contenidos en esto y en los artículos 230.4, 5 y 6 de la misma Ley.

Pásense las actuaciones al Sr/a. Letrado/a de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.