

**BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL
TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia de 25 de mayo de 2000

Sala de lo Social

Rec. n.º 2947/1999

SUMARIO:

Desempleo. Prestación de pago único. No extingue el derecho a su percepción el alta del trabajador en Seguridad Social antes de solicitar esta modalidad de prestación, con tal de que la solicitud sea posterior a la situación legal de desempleo.

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), arts. 208 y 228.3.

RD 1044/1985 (Prestación de pago único), arts. 4.º 1 y 7.º.

PONENTE:

Don Joaquín Samper Juan.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

La cuestión controvertida que se somete a unificación está relacionada con la modalidad de pago único de la prestación contributiva de desempleo. Y consiste en determinar si los trabajadores por cuenta ajena que ven extinguidas sus relaciones laborales pueden incorporarse a la cooperativa constituida por ellos y ser dados de alta en Seguridad Social antes de presentar la correspondiente solicitud de pago, o por el contrario han de esperar a hacerlo hasta que el Instituto Nacional de Empleo (INEM) les notifique su decisión. Problema que ha recibido respuestas dispares en las sentencias comparadas, pese al paralelismo de los debates planteados en una y otra.

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Extremadura de 1 de julio de 1999, que se recurre en casación para la unificación de doctrina, tiene por probado que:

A) Los nueve trabajadores recurrentes desempeñaron su actividad como profesores de EGB del colegio privado «S... J...» de Plasencia hasta que su propietaria obtuvo autorización para extinguir los contratos de los 11 trabajadores que integraban la plantilla de la empresa, en expediente de regulación de empleo incoado a su instancia el día 28 de marzo de 1996.

B) Fueron todos cesados el 17 de mayo de ese mismo año, y 10 de ellos -otro decidió no pasar a desempleo- solicitaron el 18 de mayo (sábado) la correspondiente prestación contributiva.

C) El 20 siguiente, lunes, los 11 trabajadores cesados causaron alta en Seguridad Social en la empresa «Colegio S... J... de Plasencia, Sociedad Cooperativa» que ellos mismos habían constituido el día 16 de octubre de 1995 e inscrito el 30 de octubre siguiente, aunque no comenzó a funcionar hasta el 20 de mayo de 1996, en que asumió la explotación empresarial del colegio.

D) 10 de ellos presentaron el día 24 de mayo de 1996 solicitud para percibir la prestación de desempleo bajo la modalidad de pago único que les fue concedida por el INEM en Resolución de 12 de julio de 1996 con efectos del 23 de mayo anterior.

E) En dicha resolución de concesión se les requirió para que aportaran ante la Entidad Gestora su correspondiente parte de alta en Seguridad Social.

El INEM, tras comprobar la fecha en que se había producido el alta, inició expediente de revocación de la concesión que concluyó con Resoluciones de 23 de octubre de 1998, declarando indebido el cobro de las cantidades percibidas por cada uno de los 10 trabajadores a partir del 24 de mayo de 1996 «por estar dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social en el momento de solicitar el pago único de la prestación contributiva de desempleo». Dicha resolución fue recurrida por nueve de ellos en vía administrativa y judicial. La sentencia del Juzgado de lo Social desestimó sus demandas y confirmó la resolución de la Entidad Gestora. Interpusieron los actores recurso de suplicación en el que denunciaban la infracción, entre otras que ya no reproducen en esta sede, de los artículos 1.º, 3.º y 4.º del Real Decreto 1044/1985 de 19 de junio. El recurso fue desestimado por la Sala de lo Social en la Sentencia de 1 de julio de 1999 que se recurre en casación unificadora, por considerar que el hecho de que los trabajadores hubieran constituido la sociedad cooperativa antes de ser

despedidos y hubieran causado alta en la Seguridad Social cuatro días antes de solicitar la prestación de pago único, les impide lucrar dicha prestación «por imposición del art. 4.º 1 del RD 1044/1985 que exige que el alta en la S. Social sea posterior a la percepción de la prestación».

Segundo.

La Sentencia de 9 de junio de 1994 de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede de Sevilla, que ha sido invocada como referencial y aportada con expresión de su firmeza en tiempo hábil, llegó a la conclusión contraria ante la misma situación y declaró el derecho de los demandantes a percibir la prestación de desempleo en su modalidad de pago único. Se trataba de dos trabajadores que prestaron servicios con contratos temporales en la sección de forja de la escuela-taller de un Ayuntamiento hasta que fueron cesados el día 1 de julio de 1992 por terminación del contrato. Al día siguiente 2 de julio, causaron alta en Seguridad Social con la «Cooperativa V... F...» que comenzó ese mismo día su actividad, aunque había sido constituida por ellos mismos el día 20 de septiembre del año anterior. Su solicitud de pago único de la prestación de desempleo, presentada el día 16 de julio, fue denegada por el INEM por Resolución de 8 de septiembre de 1992 porque «los trabajadores se encontraban en alta en la referida Cooperativa en el momento de presentar su solicitud». La sentencia de instancia estimó la pretensión de los actores. Y la Sala fundamentó su decisión de desestimar el recurso del INEM que denunciaba la infracción del artículo 4.º 1 del Real Decreto 1044/1985 en que la modalidad de pago único aparece regulada por el Real Decreto como medida de fomento de empleo, por lo que «no se puede esgrimir como causa denegatoria de la prestación, precisamente la realización del trabajo que la justifica, sin que el hecho de que ya se estuviera realizando el trabajo en el momento de la solicitud excluya su concesión puesto que la situación legal de desempleo no se produce en ese momento sino cuando -como indica el art. 6.º 1.uno f) (se refiere, como es lógico, a la Ley 31/1984 entonces vigente)-, se produzca la expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio objeto del contrato».

Lo hasta ahora relatado pone de manifiesto que la situación en que se encontraban los litigantes de ambos procesos era idéntica. Identidad que no desaparece porque en el caso de la sentencia recurrida los actores accionen frente a la segunda resolución que el INEM dictó en el expediente de revocación de prestaciones, y en la de contraste lo hicieran frente a la resolución inicial denegatoria de la prestación de pago único. En ambos casos la decisión de la Entidad Gestora que está en el origen de las contiendas obedece a una misma y única razón: el alta en la Seguridad Social de los demandantes con antelación a su solicitud del abono de la prestación de desempleo por pago único. Y para determinar si dicha alta impide o no percibir la prestación de desempleo bajo esa modalidad, es por completo irrelevante que la oposición del INEM se manifieste al resolver inicialmente la solicitud presentada o en el momento posterior en que tuvo noticia de las altas que considera extemporáneas. Pese a esa identidad y a ser también sustancialmente iguales, como se desprende de lo antes expuesto, los hechos, fundamentos y pretensiones que examinaron las sentencias sometidas a comparación, sus pronunciamientos son dispares.

Queda pues superado el juicio de contradicción exigido por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral como requisito o presupuesto de recurribilidad, lo que permite examinar las infracciones legales denunciadas en el recurso.

Tercero.

La censura jurídica que los recurrentes imputan a la Sentencia de 1 de julio de 1999 es que, al negar su derecho al pago único, vulnera los artículos 1.º 3 y 4.º 1 del Real Decreto 1445/1988, 208.1.1 a) y 228.3 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), y 6.º 4 y 7.º 2 del Código Civil.

El artículo 228.3 de la LGSS, reiterando la previsión que en igual sentido acogía el artículo 23.3 de la Ley 31/1984 de Protección por Desempleo, autoriza a la Entidad Gestora a abonar de una sola vez el importe de la prestación contributiva de desempleo, «cuando así lo establezca algún programa de fomento de empleo». Tal previsión encuentra hoy su desarrollo reglamentario en el 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, a cuyo amparo el INEM considera que los trabajadores no tienen derecho a él. Es cierto que la literalidad de alguno de sus preceptos podría conducir a la conclusión, sostenida por la sentencia recurrida, de que tanto la constitución de la sociedad cooperativa como el alta de los trabajadores en Seguridad Social, deben ser necesariamente posteriores a la solicitud de pago único. Apoyarían esa solución expresiones tales como «van a realizar una actividad» (art. 1.º), «proyecto de inversión a realizar y actividad a desarrollar» (art. 3.º 1 párr. primero), «acompañar el proyecto de estatutos de la sociedad» (art. 3.º 1 párr. segundo) o la obligación que establece el artículo 4.º 1 de que «una vez percibida la prestación el trabajador deberá iniciar en el plazo máximo de un mes la actividad laboral (...) y darse de alta en el correspondiente régimen de la S. Social».

Mas no debe olvidarse que:

A) El Real Decreto 1044/1985 de 19 de junio constituye una medida tendente a cumplir dos objetivos de rango constitucional: una política orientada al pleno empleo (art. 40.1 Constitución) y el mantenimiento de prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo (art. 41). De ahí que el Real Decreto 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, aunque sean escasos los medios que proporciona, y se exponen además a otras consecuencias negativas. A título de ejemplo: si la actividad asociada que comienzan resulta inviable o fracasa a corto plazo, su situación puede adquirir tintes dramáticos, sobre todo para los trabajadores pertenecientes a colectivos que, por encontrar mayores dificultades para acceder a un puesto de trabajo, son los más decididos a exponer cuanto sea necesario con tal de no verse apartados definitivamente del mercado de trabajo. De un lado, el mal funcionamiento de la empresa societaria puede llevarles en ocasiones a la ruina personal, ya que en muchos casos el importe de la capitalización de la prestación es insuficiente para la inversión a realizar, de modo que deben completarla comprometiendo su propio patrimonio, con préstamos, hipotecas, etc. Así ha ocurrido en el que examinamos pues todos los trabajadores han tenido que hacer aportaciones superiores a la cantidad abonada por el INEM. Y si resulta inviable a corto plazo el proyecto empresarial, pueden quedar en situación de grave desamparo económico, pues no tienen derecho a una nueva prestación de desempleo hasta que transcurra el plazo previsto en el artículo 5.º 2 del Real Decreto.

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 ésta 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.

Cuarto.

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 artículo 3.º 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 Real Decreto. 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:

1.º 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 artículos 6.º 4 y 7.º 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 artículo 1.º 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.

2.º Tales requisitos estaban plenamente documentados en el presente caso. Los trabajadores que recurrentes eran titulares del derecho a la prestación por desempleo pues cumplían a su vez las tres exigencias del artículo 207 de la LGSS. Estaban afiliados al Régimen General de la Seguridad Social. Fueron cesados, como consecuencia de un expediente de regulación de empleo aprobado por la autoridad laboral, el día 17 de mayo, fecha a partir de la cual se encontraban en situación legal de desempleo, de acuerdo con lo previsto en el artículo

208.1.1 a) de la LGSS. Y tenían la carencia máxima exigida por el artículo 207 b) en relación con el artículo 210 de dicha Ley. Prueba de ello es que el INEM les reconoció la prestación por el tiempo máximo legal de 720 días. Y, por otra parte, acreditaron también su decisión de seguir desarrollando su actividad en la cooperativa que se hacía cargo del colegio.

3.º Cumplidos los requisitos esenciales, es indudable que cualquier irregularidad en los requisitos instrumentales de control que el Real Decreto pone en manos del INEM, no puede tener la misma trascendencia que la ausencia de aquéllos, como pretende el Ente Gestor, salvo que se acreditara que han sido utilizados para obtener la prestación en fraude de ley. Máxime cuando algunos de tales requisitos instrumentales se han establecido en beneficio del propio trabajador y no pueden convertirse en exigencias que les perjudiquen. Tal es el caso, por ejemplo, de la obligación que impone el artículo 3.º 1 de aportar «la memoria explicativa sobre el proyecto de la inversión a realizar y actividad a desarrollar». No tiene más finalidad que la de permitir al INEM sopesar las posibilidades de éxito que ese proyecto puede tener, o lo que es igual, evaluar su viabilidad, y negar el pago único en caso negativo, a fin de evitar que los trabajadores puedan implicarse en empresas condenadas inexorablemente al fracaso. Evaluación que, por cierto, superaron con éxito los trabajadores recurrentes, ya que el INEM no dudó en reconocerles inicialmente el derecho a percibir el pago único. No cabe pues imponer luego sanciones desmesuradas, por incumplimientos de escasa trascendencia para el fin perseguido por la norma.

4.º Apoya tal conclusión que:

A) El Real Decreto no impone la pérdida automática de la prestación porque el alta en la Seguridad Social es anterior a la fecha de abono de la prestación o por la demora en el inicio de la actividad más allá del plazo previsto en el artículo 4.º 1.

B) El artículo 7.º 2 sólo considera incumplimiento con trascendencia para considerar un pago como indebido, «la no afectación de la cantidad percibida a la realización de la actividad para la que se haya concedido». Y ello porque, si no ha sido necesario disponer de la prestación capitalizada para la puesta en marcha de la actividad, es lógico suponer que, o bien la empresa ya estaba constituida y capitalizada antes de la solicitar la prestación y ésta se pidió simplemente para sanear su economía, que es actuación muy diferente a la de ponerla en funcionamiento, o se dio a los fondos subvencionados cualquier otro destino. En ambos casos se habría utilizado la modalidad del Real Decreto para obtener otros fines distintos de los previstos en la norma, con clara transgresión del artículo 6.º 4 del Código Civil.

C) Aquellas irregularidades, es decir, la falta de actividad empresarial o de alta en la Seguridad Social de los trabajadores en el plazo previsto en el artículo 4.º 1 del Real Decreto sólo juegan en el artículo 7.º 2 como presunción *iuris tantum* de no afectación. E incluso cuando ésta queda acreditada, la norma cuida de no imponer al trabajador una sanción excesivamente gravosa. Teniendo en cuenta sin duda las dificultades que entraña la actividad empresarial, le exige tan sólo un reintegro «débil» que, al contrario de lo que ocurre con las restantes prestaciones, no supone su pérdida definitiva, sino sólo su reconversión ya que, conforme al artículo 7.º 1 del Real Decreto, los trabajadores pueden percibir de nuevo lo reintegrado bajo la modalidad ordinaria de pago mensual, si es que lo permite la situación en que se encuentren.

5.º El artículo 7.º del Real Decreto, como norma sancionadora que es, exige una interpretación restrictiva. No es posible, como pretende el INEM y entendió la sentencia recurrida, extender la sanción que allí se impone a otros supuestos no incluidos en él, como puede ser el único incumplimiento que el Instituto alegó en vía administrativa, esto es, el alta del trabajador en la Seguridad Social dos días antes de solicitar la prestación. Ni tampoco por el dato complementario, que accedió al proceso al constar en el expediente y haber sido alegado en juicio por la Entidad Gestora como indicio de fraude, consistente en que la cooperativa estuviera constituida antes de los despidos, ya que se había mantenido en estado latente hasta que aquéllos se produjeron. Lo que pretende el artículo 4.º del Real Decreto, de acuerdo con su objetivo de incentivar el autoempleo, es 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 la Seguridad Social se produzcan, a más tardar, dentro de la 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 la Seguridad Social del trabajador sean anteriores a la situación legal de desempleo de éste, pues es evidente que ello le impediría percibir la prestación incluso en su modalidad ordinaria, dada la prescripción de compatibilidad que contiene el artículo 221 de la LGSS y sanciona, como infracción grave, el artículo 17.1 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, Ley 8/1988.

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 les va a proporcionar su medio de vida, a la mayor o menor rapidez del Ente Gestor en la

tramitación del expediente. Máxime cuando éste se puede dilatar un largo período, 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 artículo 3.º 2 del Real Decreto 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 Real Decreto, hay que entender que éste sí autoriza -por la tácita 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.

6.º Desde esa perspectiva tampoco cabe afirmar que la norma contemple necesaria y exclusivamente un «proyecto de futuro» como se argumenta por el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal. El objetivo del Real Decreto es, ya lo hemos dicho, promover y facilitar el autoempleo. Y es lógico pensar, porque lo contrario atentaría a la lógica más elemental, que regula su acceso con la intención de que el tiempo de inactividad de los trabajadores afectados sea el mínimo posible. Desde ese prisma, la expresión «van a realizar» del artículo 1.º del Real Decreto puede entenderse sola como la exigencia de que el trabajador informe al INEM, con visos de credibilidad, de cuál es la actividad para la que pide el pago, como compromiso de que la llevará a cabo realmente a lo largo de todo el período subvencionado. Téngase en cuenta que la palabra «proyecto» expresa tanto una situación de futuro como de presente. Es cierto que con ella se identifica al documento que concreta una idea o un propósito que se tiene que realizar en un tiempo posterior. Pero también se suele utilizar con referencia al plan que se está ya ejecutando -es normal oír que «se está trabajando en un proyecto» para referirse, no a su redacción, sino a la fase posterior de ejecución de la obra proyectada- hasta la conclusión de la actividad que lo pone en práctica.

7.º En todo caso, el requisito quedaría cumplido siempre por todo desempleado, por cuanto la solicitud de pago único, como es lógico, sólo puede presentarse en fecha posterior a la de producirse la situación legal de desempleo, ex artículo 208.1 a). Y es en ese momento en el que son exigibles los requisitos del artículo 1.º del Real Decreto. De modo que, como el trabajador ya no presta servicios desde que es despedido -aquí desde el 17 de mayo-, es obvio que toda actividad proyectada, aunque fuera para iniciarla el día 20 siguiente como aquí ocurrió, era futura en relación con su propia situación legal de desempleo.

8.º Además el artículo 3.º 1 permite solicitar la prestación de pago único al mismo tiempo que la solicitud de desempleo, y ésta puede presentarse el mismo día del cese en el trabajo, como autoriza el artículo 209.1 de la LGSS. Cuando así ocurre, los trabajadores están obligados a aportar, también ese mismo día, no sólo su proyecto empresarial sino además, cuando se trata de incorporarse a una sociedad cooperativa en funcionamiento, la certificación de haber solicitado ya su ingreso; y si trata de una empresa de nueva creación, el proyecto de los estatutos, y es notorio que, sobre todo esto último, requiere un cierto período de elaboración. Es obvio pues, que en tal caso una y otra actividad habrán de tener lugar, necesariamente, antes de haberse producido el despido del solicitante si es que la solicitud se presenta el primer día del plazo. De no ser así, se habría establecido un requisito de cumplimiento imposible. Lo que demuestra que la norma no proscribía que se realicen actos de preparación antes del despido. Lo único que impide es que el nuevo trabajo sea coetáneo o anterior a la situación legal de desempleo.

Quinto.

Cabe pues afirmar que es posible que los actos preparatorios y los trámites administrativos de reconocimiento e inscripción de la cooperativa o de la S.A.L. coincidan con el período de despido o de tramitación del expediente de regulación de empleo, o incluso que se anticipen cuando es notoria la situación de inviabilidad de la empresa que les ocupa. Pues no sería razonable exigir a los trabajadores que, conocida ya la decisión empresarial de extinguir sus contratos, permanezcan pasivos mientras se consuma la pérdida de su puesto de trabajo, y contemplen inermes como se deprecia el negocio que piensan continuar mediante la constitución de una cooperativa o sociedad laboral y la clientela acude mientras tanto a la competencia, porque tengan que esperar a iniciar los trámites asociativos a que su cese se produzca. Pues no debe olvidarse que, como afirmaba nuestra Sentencia de 15 de abril de 1999 «esta actuación -la sucesión de una empresa personal por una cooperativa o una S.A.L.- no sólo es en principio lícita, sino que merece la protección del ordenamiento jurídico laboral (artículo 228.3 de la Ley General de la Seguridad Social y el Real Decreto 1044/1985) y un supuesto similar se ha tenido en cuenta incluso por la Directiva CE 50/1998, que autoriza la inaplicación del régimen de garantías 3 y 4 de la Directiva CE 187/1977 para garantizar la supervivencia de las empresas insolventes, lo que indica que la subrogación empresarial es una medida de defensa y garantía del empleo, que debe interpretarse de acuerdo con esa finalidad y no de una forma rígida que impida la búsqueda de soluciones para el mantenimiento de los puestos de trabajo». Hay pues que entender que no está prohibido que los actos de preparación o incluso la propia actividad se inicien antes de la solicitud del pago único, aunque en este caso puedan quedar bajo sombra de sospecha de una intención fraudulenta, aspecto al que nos referiremos más adelante.

Si lo anterior es predicable con carácter general de toda cooperativa o sociedad anónima laboral, mucho más lo es respecto de las que van a suceder a empresas dedicadas a la enseñanza privada, actividad conocidamente en retroceso cuantitativo por mor de la reducida tasa de natalidad. Es notorio que una cooperativa de enseñantes no se crea de un día para otro, ni es viable si no cuenta con locales habilitados y, sobre todo, con un número suficiente de alumnos matriculados, es decir con una clientela ya consolidada. Supondría pues un grave obstáculo para la viabilidad del proyecto, la exigencia de inactividad previa cuando los despidos se producen en pleno curso escolar. Porque ello provocaría la interrupción del ciclo lectivo y la pérdida, seguramente definitiva, de la confianza de unos padres que se verían obligados a retirar a sus hijos del colegio y a matricularlos en otro distinto, a fin de que no perdieran el curso o quedara perjudicada su formación. Por cierto, el dato de sus despidos en mayo, ha sido alegado por los impugnantes, con cierta lógica, como demostrativo de que no ha existido concierto con la empleadora para defraudar al INEM, lo que podían haber logrado, impunemente, sólo con que la empresa los hubiera despedido al finalizar el curso y luego ellos hubiesen aguardado a primeros del siguiente para comenzar su actividad cooperativa.

Sexto.

Resta por último examinar la denunciada infracción de los artículos 6.º 4 y 7.º 2 del Código Civil a los que ya hemos aludido en varias ocasiones. Sabido es que la existencia del fraude o del abuso de derecho no puede presumirse. Sólo podrán declararse, si existen indicios suficientes para ello que necesariamente habrán de extraerse, de hechos que aparezcan como probados en el correspondiente relato fáctico de la sentencia. Es cierto que la seguridad jurídica aconseja fijar la línea divisoria, entre la creación de una nueva empresa y la financiación de una empresa descapitalizada y en funcionamiento. Pero no es un empeño fácil pues no existen reglas fijas y ciertas para ello, y no se debe acudir a datos neutros o escasamente demostrativos para eludir la dificultad. Por eso no será posible llegar a la conclusión de la existencia del fraude o del abuso, contando exclusivamente con que la creación jurídica de la cooperativa o sociedad anónima laboral o el alta en la Seguridad Social es anterior a la solicitud de pago único o al abono de la prestación, salvo que una u otra sean anteriores a la situación legal de desempleo de quienes las constituyen. Si son posteriores, como en el presente caso, evidenciarán a lo más un exceso de iniciativa, difícilmente censurable e incluso necesaria, por cuanto que los trabajadores no pueden permanecer largo tiempo sin su correspondiente salario. Para llegar a aquella conclusión, será pues necesario que quede acreditada la voluntad fraudulenta mediante otros indicios más sólidos, como podrían ser que:

- a) El montante de la inversión proyectada sea por completo insuficiente para el fin pretendido.
- b) La inversión realmente realizada sea muy inferior a la prevista en el proyecto y no se dé razón lógica de la diferencia.
- c) Se incorporen a la cooperativa o a la S.A.L los propietarios de la empresa que cesa.
- d) Estos mantengan en la nueva empresa una posición preeminente o de dominio.
- e) Si los anteriores propietarios aunque no se unan a la empresa laboral siguen siéndolo del inmueble, de los enseres y del material necesario para continuar la actividad empresarial.
- f) Sean ellos los que perciban el importe del arrendamiento que los cooperativistas están obligados a pagar por la utilización del inmueble.
- g) La cuantía de éste sea desproporcionada o ponga de manifiesto que quien lo percibe está reuniendo realmente la mayor parte de los beneficios empresariales, etc.

Séptimo.

Aplicando los anteriores criterios al supuesto debatido, cabe concluir que fue la sentencia de contraste y no la recurrida la que aplicó la buena doctrina ya que no existe causa alguna que justifique la decisión del INEM. De un lado, como ya hemos visto, el alta en la Seguridad Social de los trabajadores se produjo sólo un día hábil antes de solicitar el pago único, pero después de haberse producido su situación legal de desempleo y después también de haber solicitado la prestación. De otro la cooperativa, aun constituida con antelación, sólo comenzó a funcionar una vez que los ceses se hicieron efectivos. Y por último no se ha declarado probado dato alguno que permita inferir la existencia de una actuación abusiva o fraudulenta por parte de los trabajadores.

Procede pues la estimación del recurso interpuesto por los trabajadores demandantes, para casar y anular la Sentencia dictada por la Sala de lo Social de Extremadura el 1 de julio de 1999. Y resolviendo el debate de suplicación, estimar el recurso de igual clase interpuesto por los trabajadores y revocar la sentencia de instancia para estimar sus demandas y dejar sin efecto las Resoluciones del INEM de 23 de octubre de 1998, que declararon indebido el cobro de sus prestaciones de desempleo en la modalidad de pago único.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de doña A... H... C... y otros contra la Sentencia de 1 de julio de 1999 dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Extremadura, por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto contra la Sentencia de 28 de abril de 1998 dictada por el Juzgado de lo Social de Cáceres número 1, que casamos y anulamos. Y resolviendo el debate planteado en suplicación estimamos el recurso de igual clase planteado por los recurrentes, revocamos la sentencia de instancia, estimamos las demandas planteadas y dejamos sin efecto las Resoluciones del INEM de 23 de octubre de 1998.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.