

**BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA**

Sentencia 996/2011, de 8 de febrero de 2011

Sala de lo Social

Rec. n.º 987/2010

SUMARIO:

Protección por desempleo. Denegación de la prestación. El fraude no se presume, ha de ser probado, siendo admisible para ello la prueba de presunciones. Desestimación. Por muy irregular que le pueda parecer al INEM las circunstancias del despido reconocido como improcedente y con una indemnización inferior a la que le hubiera correspondido, sin haber reclamado, dicho requisito no es necesario para encontrarse en situación legal de desempleo.

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1994 (LGSS), art. 208.2.

PONENTE:

Don Ignacio María Palos Peñarroya.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2009 - 0013795

CR

ILMA. SRA. MA DEL CARMEN FIGUERAS CUADRA

ILMO. SR. IGNACIO MARÍA PALOS PEÑARROYA

ILMO. SR. FRANCISCO ANDRÉS VALLE MUÑOZ

En Barcelona a 8 de febrero de 2011

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA núm. 996/2011

En el recurso de suplicación interpuesto por Servicio Público de Empleo Estatal (INEM) frente a la Sentencia del Juzgado Social 33 Barcelona de fecha 25 de noviembre de 2009 dictada en el procedimiento Demandas nº 485/2009 y siendo recurrido/a Santiago . Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. IGNACIO MARÍA PALOS PEÑARROYA.

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.**

Con fecha 11 de mayo de 2009 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Desempleo, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 25 de noviembre de 2009 que contenía el siguiente Fallo:

"Estimar la demanda interposada per Santiago contra SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL (INEM), declarar el seu dret a la prestació contributiva d'atur, amb efectes de 1.1.09, per una base reguladora de

100,19 euros diaris i una durada de 720 dies i condemnar l'organisme demandat a l'abonament de l'esmentada prestació des de l'indicada data d'efectes."

Segundo.

En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

"1.- La demandant ha treballat per l'empresa Can Prunera Universal SL des del 1.5.90, en la categoria professional de Cap de Serveis, amb una retribució bruta mensual de 3.074,10 euros al mes, fins que en data 31.12.08 fou acomiadada disciplinàriament, acomiadament que fou reconegut com improcedent a la mateixa comunicació disciplinària, a la que es reconeixia una indemnització de 4.414,03 euros (folis 13 i 38). Abans i després d'aquest acomiadament, se n'han produït altres per part de l'esmentada empresa (declaració testimonial).

2.- Coetàniament a aquesta relació laboral, la demandant ha estat donada d'alta al RETA, com a titular d'una merceria, fins el 25.11.08, data en la que traspasà el negoci a la seva filla, causant baixa a l'esmentat règim especial en data 30.11.08 (folis 29,30,43 a 51, i declaració de la demandant).

3.- Demanada la prestació d'atur després d'aquell acomiadament, li ha estat denegada per resolució de l'INEM de data 27.1.09, en base a "indicios suficientes para presumir que el cese en la actividad por cuenta propia se ha realizado con la intención de obtener el disfrute indebido de las prestaciones por desempleo, de acuerdo con los arts. 203 i 208 LGSS en relación al art. 6-4 CC y diversas sentencias".

4.- Interposada reclamació prèvia, ha estat desestimada per resolució de 26.3.09.

5.- La base reguladora de la prestació reclamada és de 100,19 euros al dia, la seva durada, de 720 dies i la data d'efectes de 1.1.09. "

Tercero.

Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada INEM, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria Santiago , a la que se dió traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

En un único motivo, al amparo del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral , denuncia el organismo recurrente, el Servicio Público de Empleo Estatal, la infracción de los artículos 203, 208 y 221 de la Ley General de la Seguridad Social , en relación con el artículo 6.4 del Código Civil. Alega que la actora causó baja voluntaria en el RETA el 30.11.2008 , siendo posteriormente despedida de la empresa en la que trabajaba por cuenta ajena el 31.12.2008 por despido reconocido como improcedente a causa de unas faltas de asistencia que hacían previsible el despido, contentándose con la irrisoria cantidad que le ofrecía la empresa, ya que no reclamó contra la decisión extintiva. Todo ello lleva al organismo recurrente a considerar que su baja en el RETA tenía como única finalidad poder acceder a la prestación por desempleo, en contra de lo dispuesto en el artículo 203 de la LGSS , con arreglo al cual la protección por desempleo está prevista para los que pudiendo y queriendo trabajar pierdan su empleo, siendo evidente su intencionalidad a la vista del contrato de traspaso de negocio y sobre todo de la carta de despido.

Segundo.

El artículo 203 de la LGSS, que encabeza el título III sobre "protección por desempleo", señala que el presente título tiene por objeto regular la protección de la contingencia de desempleo en que se encuentren quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean reducida su jornada ordinaria de trabajo, en los términos previstos en el artículo 208 de la presente Ley . El artículo 208.1.1c) considera en situación legal de desempleo al trabajador cuando se extinga su relación laboral por despido, y no aprecia situación legal de desempleo, según el apartado 2.1, cuando el trabajador cesa voluntariamente en el trabajo, salvo lo previsto en el apartado 1.1.e) del mismo artículo. Por su parte el artículo 221 establece una incompatibilidad entre la prestación o subsidio por desempleo y el trabajo por cuenta propia.

La parte recurrente entiende, por las razones ya indicadas, que la actora intenta acceder, en fraude de ley, a una prestación por desempleo a la que no tendría derecho. Sobre el fraude de ley ha dicho el Tribunal Supremo, en sentencia de 24 de febrero de 2003 , que el mismo no se presume, pero que esta afirmación ha de ser matizada en los términos de la sentencia de 29 marzo 1993 (Recurso 795/1992), en la que se decía que la expresión "no presunción del fraude ha de entenderse en el sentido de que no se ha de partir de éste como hecho

dado y supuesto a falta de prueba en contrario (al modo de una inversión de la carga probatoria, ciertamente prohibida a estos efectos), pero naturalmente no excluye en absoluto la posibilidad de que el carácter fraudulento de una contratación pueda establecerse por la vía de la prueba de presunciones (la "praesumptio hominis" del art. 1253 del Código Civil) cuando entre los hechos demostrados y el que se trata de deducir hay "un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano".

Más recientemente el mismo Tribunal Supremo en sentencia de 12 de mayo de 2009 analiza la exigencia de "animus fraudandi" como requisito del fraude de ley, señalando lo siguiente:

"La jurisprudencia -de esta Sala IV y de la I - no ha sido siempre uniforme, oscilando entre la tesis objetiva (atiende al resultado prohibido) y la subjetiva (contempla la intención defraudatoria), sin que no falten soluciones de síntesis como la que representa la STS/I 22-diciembre-1997 (recurso 1667/1993), al caracterizar la figura " como toda actividad tendente a inutilizar la finalidad práctica de una ley material, mediante la utilización de otra que sirve de cobertura para ello (SS. 14 febrero 1986 y 12 noviembre 1988), llegándose al extremo de manifestar que el fraude de ley exige una serie de actos que, pese a su apariencia legal, violan el contenido ético de un precepto legal (S. de 26 mayo 1989 ". Oscilación entre las teorías -objetiva y subjetiva- que igualmente puede apreciarse en la doctrina de esta Sala, como sigue analizando la citada STS/IV 14-mayo-2008 . Ciertamente que no faltan resoluciones que atienden - para apreciar el fraude - a la mera constatación objetiva de la producción del resultado prohibido por la norma (al margen de la intención o propósito del autor), como cuando se afirma que aunque el fraude de ley no se presume y debe ser probado por la parte que lo alega, esto no significa que tenga que justificarse la intencionalidad fraudulenta de los negociadores, sino que es suficiente con que los datos objetivos que constan en el mismo revelen el ánimo de ampararse en el texto de una norma para conseguir un resultado prohibido o contrario a la ley (STS/IV 19-junio-1995 -recurso 2371/1994 ; citada por la de 31-mayo-2007 -recurso 401/2006).

Pero mayoritariamente, la doctrina de esta Sala se inclina por afirmar que en materia de fraude de ley, el elemento fundamental consiste en la intención maliciosa de violar la norma (así, las SSTS/IV 11-octubre-1991 -recurso 195/1991 y 5-diciembre-1991 -recurso 626/1991), pues en la concepción de nuestro Derecho, el fraude es algo integrado por un elemento subjetivo o de intención, de manera que para que pueda hablarse de fraude es necesario que la utilización de determinada norma del ordenamiento jurídico, persiga, pretenda, o muestre el propósito, de eludir otra norma del propio ordenamiento (STS/IV 6-febrero-2003 -recurso 1207/2002); y en la entraña y en la propia naturaleza del fraude de ley está la creación de una apariencia de realidad con el propósito torticero de obtener de ella unas consecuencias que la auténtica realidad, no aparente, sino deliberadamente encubierta, no permitirían (STS 5-diciembre-1991 -recurso 626/1991).

O lo que es igual, el fraude de ley que define el art. 6.4 CC es una conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico que no debe ser confundida con la mera infracción o incumplimiento de una norma, o con una posible elección errónea del tipo contractual que corresponde a un determinado propósito comercial (así, con cita de diversos precedentes, las SSTS/IV 16-enero-1996 -recurso 693/1995 en contratación temporal ; y 31-mayo-2007 -recurso 401/2006 en contrato de aprendizaje).

Tradicionalmente se ha mantenido que la facultad para valorar la conducta de las partes corresponde al Juez, al fijar los hechos probados y razonar en sus fundamentos lo que le ha llevado a tal convicción (art. 97.2 LPL), en valoración y juicio que podrán ser revisados en el recurso extraordinario de suplicación (art. 190 LPL), pero a lo que no se puede descender en el recurso de casación para la unificación de doctrina, pues se convertiría entonces, en contra del deseo del legislador, en una tercera instancia o en un recurso extraordinario subsiguiente a otro también extraordinario (en tales términos, la STS/IV 5-diciembre-1991 -recurso 626/1991). Pero matizando aquella inicial doctrina, más recientemente se sostiene por la Sala que si la intención del agente es algo consustancial al fraude, parece lógico entender que aquella habrá de ser objeto de la correspondiente prueba, cuya práctica es la que genera en el juez de instancia, o en el de suplicación por la vía revisoria, la convicción de que el dato o elemento en cuestión existe o no existe, por lo que en este terreno poco es lo que compete a un tribunal de casación.

Pero junto a ello juegan decisoriamente unas normas legales, sobre cuyo significado y manejo sí puede y debe unificarse los criterios divergentes utilizados por las Salas de suplicación; nos estamos refiriendo a las reglas sobre carga de la prueba (art. 217 LEC) y a las reglas sobre presunciones (arts. 385 y 386 LEC) (SSTS/IV 6-febrero-2003 -recurso 1207/2002 , 31-mayo-2007 -recurso 401/2006 , así como se aplica en la reiterada STS/IV 14-mayo-2008).

Recuerda por último el Tribunal Supremo el art. 386.1 LEC , relativo a las presunciones judiciales, con arreglo al cual " A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano " y que " La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción".

Por lo que al presente caso se refiere resulta de los hechos probados de la sentencia que el INEM denegó a la actora la prestación por desempleo que había solicitado por apreciar indicios suficientes de que el cese en la actividad por cuenta propia se había realizado con la intención de obtener el disfrute indebido de las prestaciones por desempleo. Ahora bien, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo antes expuesta el fraude no se presume sino que ha de ser probado, siendo admisible para ello la prueba de presunciones. La baja en el RETA de la actora el 25.11.2008 en el negocio de mercería del que era titular por traspaso del mismo a su hija podría ser un hecho a partir del cual sentar una presunción de fraude si en aquel momento la actora hubiera sabido que un mes después, el 31.12.2008, iba a ser despedida de la empresa Can Prunera Universal S.L. en la que llevaba trabajando por cuenta ajena desde el 1.5.1990, preparando de esta forma, anticipadamente, una fraudulenta situación de desempleo, pero no hay una base suficiente para entender que sabía que se iba a producir su despido solo un mes después, por muy irregular que al INEM le pueda parecer las circunstancias de su despido reconocido como improcedente y con una indemnización inferior a la que le hubiera correspondido en atención a su antigüedad y salario en la empresa, sin haber reclamado contra el mismo, lo que actualmente no es necesario para encontrarse en situación legal de desempleo.

Por todo ello no considera la Sala suficientemente probado el fraude de ley en que se sustenta el recurso, por lo que el mismo ha de ser desestimado.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por el Servicio Público de Empleo Estatal contra la sentencia de 25 de noviembre de 2009 dictada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona en los autos nº 485/2009, seguidos a instancia de D^a Santiago contra dicho recurrente, confirmando la misma en todos sus extremos.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse recurso de casación para la unificación de doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado y dirigido a esta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en los números 2 y 3 del Art.219 de la Ley de Procedimiento Laboral .

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 227 y 228 del texto procesal laboral, todo el que (a excepción de los trabajadores o causahabientes suyos, los beneficiarios del régimen público de la Seguridad Social, quienes gocen del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y los organismos dependientes de todos ellos) intente interponer recurso de casación, consignará como depósito la cantidad de 300 euros en la cuenta de consignaciones que esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya tiene abierta en el Banco Español de Crédito-BANESTO-, en la Oficina núm 2015, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, nº 0937 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

En caso de recurso de casación, la consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANESTO, en la oficina indicada en el párrafo anterior, nº 0937 0000 80, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

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

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, de lo que doy fe.

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.