

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS (Sede en Santa Cruz de Tenerife))**

Sentencia 959/2018, de 3 de octubre de 2018

Sala de lo Social

Rec. n.º 782/2017

SUMARIO:

La protección por desempleo. Modalidad de pago único. Reintegro de prestaciones indebidas. *Solicitud de la prestación para el ejercicio de la actividad de profesora de tenis y pádel en dos centros de trabajo diferentes, sin iniciarla en uno de ellos.* En el caso, ha quedado acreditado que la actora se dio de alta en el RETA antes de iniciar la actividad de profesora de tenis y realizó las inversiones a las que se comprometió en la memoria en el plazo reglamentariamente establecido (poner el césped artificial y estructuras de pádel en las pistas), iniciando la actividad en uno de los centros de trabajo. Sin embargo, no pudo hacerlo en el otro por causas no imputables a ella (no lo permitió el presidente del club deportivo al no aprobarlo la asamblea de socios). Dicha falta de inicio parcial no supone la comisión de ningún tipo de infracción ni determina el carácter indebido de la prestación de desempleo, ya que no se le imputa la falta de inversión en el proyecto aprobado por la Entidad Gestora ni se advierte intencionalidad fraudulenta de ningún tipo. La obligación de reintegro solamente alcanza a las cantidades no invertidas, de forma que si no se imputa falta de inversión de las cantidades concedidas sino la falta de inicio de la actividad, no se produce el supuesto de la norma que obliga a la devolución.

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), art. 228.3.

RD 1044/1985 (Prestación de pago único), arts. 4.1 y 7.1.

PONENTE:

Don Eduardo Jesús Ramos Real.

Magistrados:

Don EDUARDO JESUS RAMOS REAL

Doña MARIA CARMEN GARCIA MARRERO

Sección: JM

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO SOCIAL

Plaza San Francisco nº 15

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 479 373

Fax.: 922 479 421

Email: socialtsjtf@justiciaencanarias.org

Rollo: Recursos de Suplicación

Nº Rollo: 0000782/2017

NIG: 3803844420160001396

Materia: Otros Derechos Seguridad Social

Resolución: Sentencia 000959/2018

Proc. origen: Seguridad Social en materia prestacional Nº proc. origen: 0000185/2016-00

Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 7 de Santa Cruz de Tenerife

Recurrente: Eloisa

Recurrido: SEPE; Abogado: ABOGACÍA DEL ESTADO SEPE SCT

SENTENCIA

Ilmos./as Sres./as

SALA Presidente

D./D^a. MARÍA DEL CARMEN SÁNCHEZ PARODI PASCUA

Magistrados

D./D^a. MARÍA CARMEN GARCÍA MARRERO

D./D^a. EDUARDO JESÚS RAMOS REAL (Ponente)

En Santa Cruz de Tenerife, a 3 de octubre de 2018.

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

En el rollo de suplicación interpuesto por D^a Eloisa contra la sentencia de fecha 9 de mayo de 2017, dictada por el JUZGADO de lo SOCIAL Nº 7 de los de Santa Cruz de Tenerife en los autos de juicio 185/2016 sobre prestaciones (desempleo), ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. D. EDUARDO JESÚS RAMOS REAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Según consta en autos se presentó demanda por D^a Eloisa contra el SERVICIO PÚBLICO de EMPLEO ESTATAL (SPEE) y que en su día se celebró la vista, dictándose sentencia con fecha 9 de mayo de 2017 por el JUZGADO de lo SOCIAL Nº 7 de los de Santa Cruz de Tenerife .

Segundo.

En la sentencia de instancia y como hechos probados se declararon los siguientes:

1. La demandante, D^a. Eloisa , con DNI NUM000 solicitó prestación contributiva de desempleo, siéndole reconocida por Resolución del SPEE de 25.07.2014 en con arreglo a los siguientes parámetros: Días cotizados: 1631. Días de derecho: 540. Período reconocido: del 21.07.2014 al 20.01.2016. Base reguladora diaria: 39,55 €, % base reguladora: 70. Número de hijos a cargo: 2. Cuantía diaria inicial: 27,68 € (Folio 52 de los autos). 2. La actora el 28.08.2014 solicitó el pago único de la prestación contributiva, y por Resolución del SEPE de 02.10.2014 se resuelve aprobar el abono de la prestación en su modalidad de pago único, en los siguientes términos: (folios 53 a 55 de los autos) -Cuantía de la inversión: 10.974,58 €; -Días a capitalizar 472. -Importe líquido del derecho reconocido: 10.795,21 €; -En el plazo de 1 mes desde el abono de la prestación, deberá iniciar la actividad y presentar la siguiente documentación: justificantes de la inversión realizada. 3. La actora presentó junto a su solicitud de pago único, Memoria explicativa de las actividades a realizar y Plan de Inversiones obrante en autos a los folios 107 a 124 y que se da aquí por reproducido. En la descripción de actividad a desarrollar se detalla dos actividades; una, en DIRECCION000 y, otra, en el DIRECCION001 . 4. En fecha 13.11.2014 el SEPE requiere a la actora para que en el plazo de 15 días aporte los documentos de pago que acrediten el abono de las facturas presentadas (folio 58 de los autos). 5. La actora en fecha 12.12.2014 dirige escrito al SEPE en el que informa que ya se ha dado de alta en el régimen de autónomos y que ha comenzado con una de las dos actividades que iba a desarrollar, en DIRECCION000 , y que en la segunda actividad, en el DIRECCION001 , ha comprado el material, pero no ha comenzado la actividad por causas imputables a la Junta del Club (folio 57 de los autos). 6. En fecha 26.02.2015 por la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social se levantó acta de infracción, N^o NUM001 sancionando a la actora con la extinción del derecho a la prestación por desempleo desde 29.09.2014 y reintegro de las cantidades en su caso, indebidamente percibidas, como consecuencia de haber cometido infracción muy grave prevista en el artículo 26.4 del TRLISOS. Los hechos que figuran en el Acta obrante en autos a los folios 62 a 64, se dan por reproducidos. En esencia, los hechos consisten en que la actora no ha iniciado actividad alguna en el DIRECCION001 , siendo esta una de las actividades declaradas por la actora en la solicitud de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único. 7. Comunicada dicha acta a la actora, presentó alegaciones, evacuándose a continuación el Informe por la Inspección de Trabajo y SS de Santa Cruz de Tenerife en fecha 16.07.2015. En fecha 26.07.2016 la Dirección Provincial del SPEE resolvió imponer a la actora sanción de extinción de prestaciones por desempleo desde 29.09.20145, con obligación de devolver las cantidades indebidamente percibidas (Folios 67, 77 y 81 de los autos). Contra dicha resolución el actor interpuso reclamación previa en fecha 10.09.2015 que fue desestimada por resolución de la DP del SPEE de 16.12.2015, cuantificando el importe de la percepción indebida en 10.084, 75 € (Folios 84 a 88 y 96 de los autos). La demanda origen de las presentes actuaciones fue interpuesta en fecha 25.02.2016.

Tercero.

La sentencia de instancia contiene el siguiente fallo:

DESESTIMANDO la demanda interpuesta por D^a Eloisa contra el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, ABSUELVO a la demandada de las pretensiones deducidas de contrario.

Cuarto.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario. Remitidos los autos a esta Sala se señaló fecha para la votación y fallo de la resolución, habiéndose cumplido con las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La sentencia de instancia desestima la pretensión ejercitada por la actora, D^a Eloisa , confirmando la resolución dictada por la Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) el día 26 de julio de 2011 por la que se declaraba la extinción de las prestaciones por desempleo reconocidas por anterior resolución

del mismo Organismo de fecha 25 de julio de 2014, abonadas en régimen de capitalización o pago único, por no haber iniciado la actividad por cuenta propia para cuya realización solicitó el pago único de las prestaciones por desempleo, y se requería el reintegro de la cantidad indebidamente percibida, ascendente a 10.084,75 €.

Frente a la misma se alza la demandante mediante el presente recurso de suplicación articulado a través de lo que en la práctica viene a ser un único motivo de censura jurídica a fin de que, revocada la sentencia de instancia, sea estimada la pretensión contenida en la demanda rectora de autos y se deje sin efecto la resolución del SPEE.

Segundo.

Por el cauce del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social denuncia la demandante y ahora recurrente la infracción de los artículos 4 y 7 del Real Decreto 1.044/1985. Argumenta en su discurso impugnatorio, en esencia, que habiéndose dado de alta la actora en el RETA para iniciar su actividad de entrenadora de tenis por cuenta propia, habiendo realizado las inversiones a las que se comprometió y habiendo iniciado, al menos en parte dicha actividad, es evidente que ha cumplido los requisitos exigidos legalmente para acceder a la modalidad de pago único de las prestaciones contributivas por desempleo y nada tiene que reintegrar.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 228 párrafo 3º (actualmente 296 párrafo 3º) del TR de la Ley General de la Seguridad Social, en la disposición transitoria 4ª de la Ley 45/2002, modificada por la disposición final Décimo Tercera de la Ley 3/2012 y en el Real Decreto 1.044/1985, pueden ser beneficiarios de las prestaciones por desempleo en su modalidad de pago único los titulares del derecho a la prestación por desempleo de nivel contributivo por haber cesado con carácter definitivo en su actividad laboral.

Son requisitos para acceder a dicha modalidad de abono, además de la titularidad del derecho a la prestación de desempleo:

a) tener la intención de incorporarse, de forma estable y a tiempo completo, como socios trabajadores de una cooperativa de trabajo asociado o de una sociedad laboral, aunque hayan mantenido un vínculo contractual previo con dichas sociedades, o constituir las.

b) no haber hecho uso de la capitalización en los cuatro años inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de la capitalización;

c) tener pendientes de percibir un número de meses de prestación igual o superior a tres;

d) solicitar la capitalización, bien con carácter inicial, de forma simultánea a la solicitud de las prestaciones, o en cualquier otro momento posterior durante su percepción, junto con la documentación requerida; la solicitud debe ser, en todo caso, de fecha anterior a la de incorporación a la cooperativa o sociedad laboral, o a su constitución, o a la de inicio de la actividad como autónomo, a estos efectos se considera que tal inicio es el de la fecha de alta en la Seguridad Social;

e) presentar una certificación de haber solicitado el ingreso en una cooperativa de trabajo asociado o sociedad laboral o bien, el proyecto de estatutos si se trata de una sociedad nueva;

f) en el caso de trabajadores extranjeros con derecho a las prestaciones por desempleo, es requisito para poder acceder a la capitalización que se encuentren legalmente en España y, en su caso, provistos del correspondiente permiso de trabajo;

g) se debe iniciar la actividad, o encontrarse en fase de iniciación, en el plazo de un mes desde la percepción de dicha capitalización y darse de alta en el correspondiente régimen de Seguridad Social o acreditar en su caso que está en fase de iniciación.

El no inicio de la actividad o la no afectación a la misma de la suma capitalizada, se considera cobro indebido de prestaciones por desempleo, lo que habilita al SPEE a reclamar la devolución de lo percibido, si bien, una vez devuelta dicha suma, puede iniciarse o reanudarse el abono mensual ordinario de la prestación, siempre que el trabajador continúe reuniendo los requisitos.

El tenor literal de las normas aplicables antes citadas exige que se inicie la actividad en el plazo de un mes desde la percepción de la prestación capitalizada (artículo 4 párrafo 1º del Real Decreto 1044/1985), pero admite también que dentro de dicho plazo la actividad esté "en fase de iniciación".

La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2001 resume los criterios del Tribunal Supremo respecto a esta modalidad de fomento del autoempleo (criterios que habrían de matizarse en lo relativo al inicio de la actividad anterior a la solicitud de la capitalización, debido al cambio normativo que introdujo la Ley 45/2002 con posterioridad), que son los siguientes:

"a) No debe olvidarse que: A) el RD 1044/1985, de 19-junio, constituye una medida tendente a cumplir dos objetivos de rango constitucional: una política orientada al pleno empleo (art. 40.1 CE) 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... 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.

b) 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.

c) 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 CC ... 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.

d) Se afirma que apoya la anterior conclusión que: A) El RD no impone la pérdida automática de la prestación porque el alta en 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 art. 4.1. B) El art. 7.2 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 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 art. 6.4 CC . C) Aquellas irregularidades, es decir, la falta de actividad empresarial o de alta en Seguridad Social de los trabajadores en el plazo previsto en el art. 4.1 del

RD sólo juegan en el art. 7.2 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 art. 7.1 del RD, 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.

e) Concluyéndose que 'El art. 7 del RD como norma sancionadora que es, exige una interpretación restrictiva. No es posible ...extender la sanción que allí se impone a otros supuestos no incluidos en él'.

En resumen, la obligación de reintegro solamente alcanza a las cantidades no invertidas, de forma que si no se imputa la falta de inversión de las cantidades concedidas sino la falta de inicio de la actividad, no se produce el supuesto de la norma que obliga a la devolución.

De los hechos declarados probados en la sentencia recurrida se desprende: -a) que a la actora, D^a Eloisa , por resolución de la Dirección Provincial del SPEE de fecha 25 de julio de 2014, le fueron reconocidas prestaciones contributivas por desempleo por el periodo de tiempo comprendido entre los días 21 de julio de 2014 y 20 de enero de 2016 (540 días); -b) que la misma presentó el día 28 de agosto de 2014 solicitud de pago único, la cual le fue concedida por resolución del mismo Organismo de fecha 27 de septiembre de 2014, por un importe total de 10.974,58 €; -c) que la actividad que había de desarrollar la actora como autónoma era la de Profesora de Tenis y Pádel y lo iba a hacer en dos centros de trabajo diferentes, el DIRECCION000 y el DIRECCION001 ; -d) que la actora realizó las inversiones a las que se comprometió (poner el césped artificial y estructuras de pádel en las pistas); -e) que la demandante se dio de alta en el RETA dentro del plazo reglamentario; -f) que la actora comenzó a realizar su actividad profesional en el DIRECCION000 en el mes siguiente, pero no lo pudo hacer en el DIRECCION001 por no permitirlo su Presidente al no aprobarlo la asamblea de socios del mismo; -g) que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) cursó visita el día 26 de febrero de 2015 al segundo de los clubs deportivos referidos encontrándose con que la misma no estaba dando clases allí.

Por lo tanto, la Sra. Eloisa se dio de alta en el RETA antes de iniciar su actividad de Profesora de Tenis y realizó las inversiones a las que se comprometió en la memoria en el plazo reglamentariamente establecido (hecho no cuestionado en ningún momento por la Entidad Gestora) y ha iniciado la actividad en uno de los dos centros de trabajo en que había de hacerlo, pero no ha podido en el otro por causas a ella no imputables.

Es por ello que la falta de inicio parcial de la actividad que se imputa a la Sra. Eloisa no supone por sí misma la comisión de ningún tipo de infracción ni determina el carácter indebido de la prestación de desempleo pues no se le imputa la falta de inversión de las cantidades recibidas en el proyecto de inversión aprobado por la Entidad Gestora ni se advierte intencionalidad fraudulenta de ningún tipo. Todo ello determina que la resolución de la Dirección Provincial del SPEE de fecha 26 de julio de 2016 se haya de reputar como no ajustada a derecho y deba de ser revocada.

No habiendo entendido lo mismo la Magistrada de instancia, la Sala ha de estimar el motivo de censura jurídica y, por su efecto, el recurso de suplicación interpuesto por la demandante, debiendo ser revocada la resolución de la Dirección Provincial de dicho Organismo de fecha 26 de julio de 2016 por ser contraria a derecho, condenando a la Entidad Gestora a pasar por esta declaración con los efectos que se deriven de la misma

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de pertinente y general aplicación,

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D^a Eloisa contra la sentencia de fecha 9 de mayo de 2017, dictada por el JUZGADO de lo SOCIAL Nº 7 de los de Santa Cruz de Tenerife en los autos de juicio 185/2016 y, con revocación de la misma, estimamos la demanda interpuesta por D^a Eloisa contra el SERVICIO PÚBLICO de EMPLEO ESTATAL (SPEE) y revocamos la resolución de la Dirección Provincial de dicho Organismo de fecha 26 de julio de 2016 por ser contraria a derecho, condenando a la Entidad Gestora a pasar por esta declaración con los efectos que se deriven de la misma.

Notifíquese esta sentencia a las partes en legal forma y al Ministerio Fiscal y líbrese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de origen, con testimonio de la presente una vez notificada a las partes y firme.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para Unificación de doctrina, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011 de 11 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social .

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el depósito de 600 € previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como así como el importe de la condena, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en el BANCO DE SANTANDER c/c Tenerife nº 3777/0000/66/ el nº de expediente compuesto por cuatro dígitos, y los dos últimos dígitos del año al que corresponde el expediente pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. 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.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta:

IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

Consignándose en el campo Beneficiario la Cuenta de la Sala y en Observaciones o Concepto de la Transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

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

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.