



Sección: REY

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO SOCIAL

Plaza de San Agustín N°6
Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 30 64 00

Fax.: 928 30 64 08

Email: socialtsj.lpa@justiciaencanarias.org

Proc. origen: Seguridad Social en materia prestacional

Nº proc. origen:

Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 6 de Las Palmas de Gran Canaria

Rollo: Recursos de Suplicación

Nº Rollo: 1

NIG:

Materia: Otros Derechos Seguridad Social

Resolución: Sentencia

Intervención:

Recurrente

Recurrido

Interviniente:

SEPE

Abogado:

ABOGACÍA DEL ESTADO SEPE LP

En Las Palmas de Gran Canaria, a 19 de marzo de 2018.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Las Palmas de Gran Canaria formada por los Ilmos. Sres. Magistrados D./Dña. HUMBERTO GUADALUPE HERNÁNDEZ, D./Dña. MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ y D./Dña. MARINA MAS CARRILLO, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. _____, interpuesto por SEPE, frente a Sentencia del Juzgado de lo Social Nº 6 de Las Palmas de Gran Canaria los Autos Nº _____ en reclamación de Otros Derechos Seguridad Social siendo Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./Dña. MARINA MAS CARRILLO.

ANTECEDENTES DE HECHO

Abogados & Compliance

PRIMERO.- La única instancia del proceso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"PRIMERO.- Con fecha 16.04.2015, se reconoce al actor con DNI nº _____, el derecho a percibir una prestación por desempleo, siendo el periodo reconocido desde el 10.04.2015 al 09.10.2016.

SEGUNDO.- Con fecha 19.11.2015, el actor solicita el alta en la Mutualidad de la Abogacía, siendo efectiva con fecha 01.12.2015, si bien el alta en el Impuesto de Actividades





Económicas, en la actividad profesional de Abogado es el 06.11.2015.

TERCERO.- Con fecha 20.11.2015, el actor presenta el formulario de solicitud de compatibilidad con la prestación por desempleo con el Alta en la Mutuality de la Abogacía.

CUARTO.- Con fecha 26.02.2016, se comunica al actor resolución por el SPEE por la que se acuerda denegar el derecho a compatibilizar la prestación por desempleo con el alta en la Mutuality, dado que no se ha dado de alta en el RETA, resolución que se da por reproducida al constar en autos.

QUINTO.- Con posterioridad, la Administración demandada, inicia un expediente sobre percepción indebida de prestaciones por desempleo con reclamación de cantidades, por la que resuelve declarar la percepción indebida de prestaciones por desempleo en una cuantía de euros correspondientes al período de 06/11/2015 a 30/11/2015 y por el siguiente motivo: COLOCACION POR CUENTA AJENA; habiéndose consignado por el actor con fecha 23.08.2016.

SEXTO.- Se agotó la vía previa."

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la sentencia de instancia dice:

"Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por Don contra el Servicio Público de Empleo Estatal, sobre PRESTACIONES, debo declarar y declaro nula la resolución impugnada condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración y a las consecuencias inherentes a la misma."

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el recurso de suplicación, que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, estimatoria de la demanda, formula la entidad gestora recurso de suplicación, en que por el cauce del artículo 193 c) de la LRJS, denuncia la infracción por aplicación indebida del art. 1.8 (art. 33) de la Ley 32/2015 de 9 de septiembre en relación con el art. 221 del RDLeg 1/1994 de 20 de junio.

El recurso ha sido impugnado por la parte actora.

SEGUNDO.- La beneficiaria de prestación contributiva de desempleo solicita alta posterior en la Mutuality de la Abogacía para ejercicio de la profesión, comunicando dicha alta al SPEE el día siguiente a dicha alta, aportando el formulario para compatibilidad con la prestación de desempleo. Dos meses después se deniega dicha compatibilidad al no haber procedido la actora a darse de alta en el RETA. Con posterioridad la entidad gestora declara la percepción indebida de euros por los días del 6 al 11 de noviembre de 2015, en que percibió la prestación estando de alta en la mutuality de la Abogacía, siendo el motivo "colocación por cuenta ajena".





La sentencia declara la nulidad de la resolución a partir de jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo, que aplicando el RD 1044/85 de 19 de junio, interpretaba que la modalidad de desempleo contributivo en pago único era consecuencia de una política orientada al pleno empleo, que incentivaba la entrada de estos beneficiarios en cooperativas y sociedades de carácter laboral, no desconociendo el riesgo que asumían los trabajadores que iniciaban un trabajo de estas características perdiendo la seguridad del pago periódico de la prestación de desempleo, aportando muchas veces parte de su patrimonio y con pérdida de la prestación de ir mal el proyecto, ya que debían esperar el tiempo establecido en el RD 1044/85 para lucrar una nueva. Esta finalidad de la prestación en la modalidad de pago único, unido al hecho de que reconocido el desempleo, el expediente posterior debía suponer cautelas menos extremas, pues el hecho causante de la misma se había constatado, llevaban a declarar que :
"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 "

Con este enfoque, interpreta el art. 228. 3 de la LGSS de 1994, en la redacción dada por la Ley 45/02 que dice *"cuando así lo establezca algún programa de fomento de empleo, la Entidad Gestora podrá abonar de una sola vez el valor actual del importe, total o parcial, de la prestación por desempleo de nivel contributivo a que tenga derecho el trabajador y que esté pendiente de percibir...Asimismo, podrá abonar a través de pagos parciales el importe de la prestación por desempleo de nivel contributivo a que tenga derecho el trabajador para subvencionar la cotización del mismo a la Seguridad Social"*; y la DT 4ª de la misma ley, que posibilitaba una modalidad de pago periódico cuyo objeto era *"abonar mensualmente el importe de la prestación por desempleo de nivel contributivo para subvencionar la cotización del trabajador a la Seguridad Social"*. Y siguiendo la fundamentación de la sentencia dictada por el TSJª de Castilla La Mancha de 23 de mayo de 2013, recurso 102/13, explica: *"Así las cosas, la cuestión discutida en este proceso consiste en determinar si la inclusión del beneficiario en el ámbito de aplicación de la mutualidad de la abogacía, puede o no equipararse al alta en uno de los regímenes del sistema público de seguridad social, posibilidad sobre la que la normativa referida no resulta expresiva, cuyo silencio ha sido suplido por un criterio interno de la entidad gestora, como ya hemos visto de carácter restrictivo."*

Conviene dejar claro ya desde este momento, que la referida mutualidad no es una cualquiera de naturaleza privada, sino que a tenor de lo dispuesto en su día en la aún vigente disposición adicional 15ª de la Ley 30/1995 de 8 de noviembre, y como resultado de una evolución legislativa que no resulta necesario referir en este caso, tiene la consideración de mutualidad de previsión social alternativa al régimen de autónomos. Y por ello mismo y en virtud de lo establecido en la disposición adicional 46ª de la Ley 27/2011 de 1 de Agosto , el alcance de su cobertura no es por entero libre, sino que *"deberán ofrecer a sus afiliados, mediante el sistema de capitalización individual y la técnica aseguradora bajo los que operan, de forma obligatoria,*





las coberturas de jubilación; invalidez permanente; incapacidad temporal, incluyendo maternidad, paternidad y riesgo del embarazo; y fallecimiento que pueda dar lugar a viudedad y orfandad".

Prueba de ello, es la posibilidad de subvencionar las cuotas a la Mutualidad, con las prestaciones por desempleo tal y como se venía haciendo con el abono de las cotizaciones a la Seguridad Social, así continúa la resolución: *"Es decir, no se trata ya de que la cobertura de la mentada mutualidad pueda asimilarse de manera genérica e indiferenciada a la propia del RETA, y hacer extensivas ciertas previsiones legales por el mecanismo de la analogía. Es que el ordenamiento jurídico patrio permite en unas pocas ocasiones la subsistencia por razones históricas y sociológicas de mutualidades que, sin perjuicio de otro tipo de cobertura privada y complementaria, ejercen una cobertura alternativa a la propia de la seguridad social, a la que por tanto deben asimilarse en todos aquellos supuestos en los que una norma prevea como requisito para la causación de un derecho, el alta en seguridad social, salvo, como es lógico, los casos en los que la propia norma excluya los supuestos de la inclusión en mutualidades alternativas.*

En consecuencia, como el abono del pago único de la prestación por desempleo en la modalidad de pago periódico, se establece en relación al abono de cotizaciones a la seguridad social, el abono de las cuotas propias de la mutualidad de la abogacía debe entenderse incluido en tales previsiones, en cuanto su pago subviene al sostenimiento de una mutualidad alternativa a la seguridad social, en los términos ya expuestos.

Conviene señalar que la solución que aquí se refrenda ha sido también la adoptada por otras resoluciones de diversos TSJs, como las de Asturias de 28-4-06 (rec. 1904/05), Cataluña de 26-10-07 (rec. 4585/06) y 30-11-04 (rec. 2013/04) o Valencia 18-6- 09 (rec. 3217/08), si bien en las mencionadas con distintos matices argumentativos a los que sirven de base a nuestra decisión. "

Frente a este criterio interpretativo, el SPEE sostiene que la actualización por Ley 31/2015 entrada en vigor el 10 de octubre de 2015, que actualiza la normativa de autoempleo, supone la modificación del art. 221 de la LGSS de 1994, que determina la incompatibilidad entre prestaciones de desempleo y trabajo autónomo, estableciendo que los titulares del derecho a prestación por desempleo de nivel contributivo, que hayan cesado con carácter total y definitivo,..." y que causen alta como trabajadores por cuenta propia en alguno de los regímenes de seguridad social, podrán compatibilizar la percepción mensual de la prestación con el trabajo de autónomo". La norma, entiende la recurrente, sólo se refiere al alta en el RETA pero nunca a supuestos de alta en Mutualidad como la de la Abogacía, que no se contemplan expresamente y que no suponen la incorporación a ningún régimen de seguridad social como se exige por el art. 221 LGSS, sino a otro distinto y con mejores condiciones económicas.





No se comparte el criterio expuesto pues supone la misma interpretación rígida y formalista, que la Jurisprudencia expuesta descartaba a la vista de la finalidad de la normativa de aplicación. Sigue siendo el objetivo del art. 221 LGSS excepcionar la incompatibilidad de la prestación con la actividad laboral, en aquellos casos de trabajo por cuenta propia que exijan la cobertura propia de las contingencias protegidas por el sistema de seguridad social. En estos casos, la Mutualidad de la Abogacía es una mutualidad de previsión social alternativa, no un régimen en sentido propio de la seguridad social, pero sí una elección posible y legal al alta del abogado en el RETA y obligatoria para los colegiados. Por ello, siendo su fin el mismo que el de la cobertura por el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, no existe motivo, para dejar fuera a quienes en idéntica situación opten por el alta en dicha mutualidad en lugar de hacerlo en el RETA.

En base a lo expuesto, se desestima el motivo y con ello el recurso.

TERCERO.- En aplicación de lo dispuesto en el art. 233.1 LRJS, la desestimación del recurso no lleva en este caso aparejada la condena en costas a la parte recurrente al disfrutar la misma del beneficio de justicia gratuita

CUARTO.- A tenor del art. 218 LRJS frente a esta resolución podrá interponerse recurso de casación para unificación de doctrina.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL, contra la sentencia de fecha 15 de marzo de 2017 dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de Las Palmas, en los autos nº _____, en proceso de Seguridad Social, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución. Sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de este Tribunal Superior de Justicia.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 6 de Las Palmas de Gran Canaria, con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes.

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 Las Palmas nº 3537/0000/66/1642/17 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.

Notifíquese la Sentencia a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

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

BUDHRANI
Abogados & Compliance

DILIGENCIA.- En Las Palmas de Gran Canaria, a

Dada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo./a. Sr./a Presidente que la suscribe a los efectos de su notificación, uniéndose certificación literal de la misma a los autos originales, conforme a lo dispuesto en los Art. 266.1 de la L. O. P. J. y 212 de la L. E. C., archivándose la presente en la Secretaría de este Juzgado en el Libro de su clase. Doy fe

