

EL PAGO ÚNICO DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO PARA LA PARTICIPACIÓN EN SOCIEDADES LABORALES Y COOPERATIVAS

(Al hilo de las Sentencias de 4 de octubre de 2007, 16 de enero de 2008, 19 de febrero de 2008, 8 de octubre de 2008 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo)

Vanessa Martí Moya¹

Profesora Aydte. Doctor de Derecho Mercantil - Universidad de Valencia

Luis Millán Alventosa

Director Oficina Prestaciones INEM/SPEE

La Sala de lo Social del TS en la sentencia de 19 de febrero de 2008, acoge el pronunciamiento de la sentencia de contraste y deniega el derecho a percibir la prestación por desempleo en su modalidad de pago único, toda vez que la parte actora ha cesado previamente en la sociedad cooperativa en la que pretende incorporarse como socia. Ello es debido a que la norma vigente en el momento de los hechos, esto es, la DT Cuarta de la Ley 45/2002, establece que "se podrá abonar el valor actual del importe de la prestación por desempleo a los beneficiarios cuando pretendan incorporarse de forma estable y a tiempo completo como socios (...) en cooperativas o sociedades laborales en las que previamente no hubieran cesado (...)". Esta medida, continúa el Tribunal repitiendo las palabras de la sentencia de contraste, está destinada al fomento del autoempleo, objetivo que no se cumple cuando la pérdida del empleo generador de la situación de desempleo, que se protege con la prestación, proviene de la misma cooperativa a la que inmediatamente se accede como socio.

Ello, es indudable, podría generar una práctica fraudulenta de simular situaciones de desempleo cubiertas por el sistema de la Seguridad Social, que en realidad no lo son, pues se da una inmediata reincorporación tras el cobro de la prestación.

Por su parte, las sentencias de 4 de octubre de 2007, de 16 de enero de 2008 y de 8 de octubre de 2008 dictadas, así mismo, por la sala de lo social del TS enmarcan la controversia, asimismo, en el ámbito de la política de fomento del autoempleo auspiciada por el legislador, y de la que forma parte la posibilidad de pago único de las prestaciones por desempleo, cuando éstas van a ser utilizadas en la participación del trabajador en la empresa.

Los motivos que subyacen en el recurso, se limitan, sin embargo, a la cuantificación del derecho al pago único de la prestación por desempleo para adquirir la condición de accionista en la sociedad cooperativa a constituir. Así, el INEM alega que la capitalización de las prestaciones ha de limitarse a la cuantía de la aportación inicial obligatoria de la sociedad cooperativa a constituir, como así establece la norma (Ley 45/2002, de 12 de diciembre). De esta manera, en las sentencias de referencia, dado que el accionista hace una aportación inicial obligatoria que no se corresponde con el total del capital suscrito, alega el INEM que se ha de capitalizar las prestaciones sólo hasta el límite fijado como capital suscrito y desem-

1. Trabajo realizado en el seno del Proyecto MEC SEJ2006-10880, "Del mutualismo a la concentración empresarial en el Derecho de sociedades europeo: la Sociedad Cooperativa Europea", dirigido por la profesora Rosalía Alfonso Sánchez.

bolsado inicialmente. Ello, independientemente, de que el socio de forma voluntaria desembolse más de lo estrictamente exigido de forma inicial.

La base legal para esta interpretación la hallamos en el art. 228 LGSS y la DT Cuarta de la Ley 45/2002, que establecen que “se podrá abonar el valor actual del importe de la prestación por desempleo a los beneficiarios cuando pretendan incorporarse, de forma estable y a tiempo completo, como socios trabajadores o de trabajo en cooperativas (...). *El abono de la prestación se realizará de una sola vez por el importe que corresponda a la aportación obligatoria (...) en lo necesario para acceder a la condición de socio*”. El resto se podrá abonar trimestralmente para subvencionar la cotización del trabajador a la Seguridad Social (...).

El Tribunal Supremo, reconoce que una interpretación literal de dichos preceptos no satisface plenamente la *ratio* de la norma, que no es sino permitir la capitalización de un proyecto empresarial, que no se limita al desembolso inicial mínimo del socio sino, como mínimo, al valor total de la suscripción de los títulos.

Sin embargo, el Tribunal afirma que ha de ser estricto en su labor hermenéutica, sin poder suplir las deficiencias sustanciales de la norma cuando ésta es clara. Así, sustentado por una interpretación literal de las obligaciones de los socios al constituir una sociedad cooperativa, acepta la tesis del INEM, y entiende que la cantidad obligatoria para devenir socio se corresponde con el desembolso mínimo inicial y no el de la total suscripción. El TS se reafirma en su posición en las posteriores sentencias de 16.1.2008 y de 8.10.2008, que reproducen literalmente los fundamentos de derecho de la sentencia reseñada *supra*.

Una lectura atenta de los supuestos parece poner de relieve dos hechos perfectamente observables que se repiten a lo largo de la tradición jurisprudencial sobre esta materia. En primer lugar, que la intención de una persona que solicita la capitalización de una prestación por desempleo es clara: emplearse, dejando a salvo posibles conductas fraudulentas fiscalizables y, en su caso, sancionables por el órgano gestor de las prestaciones. En segundo lugar, resulta también meridianamente clara la intención del legislador en la redacción de las normas que atañen a la protección por desempleo y a las medidas de fomento del empleo estable a raíz de la recomendación de la Comisión Europea de Julio del año 2002, que es el fomento del empleo.

Si nos detenemos en la exposición de motivos de cada norma que de manera directa ha tratado esta cuestión, nos damos cuenta de que la voluntad que transmite dicho legislador en su contenido tiene un claro objetivo, incentivar el autoempleo, desarrollar unas políticas activas que no se limiten a proteger situaciones de desempleo por pérdida involuntaria del trabajo, sino a reforzar e impulsar iniciativas de autoempleo, a “premiar” la iniciativa laboral, la voluntad emprendedora, y no sólo para aquellas personas que pretendan iniciar una actividad económica por cuenta propia como trabajadores autónomos, sino también para quienes tengan intención de crear sociedades cooperativas o sociedades laborales, o asociarse a ellas. Así, la más reciente mención a este hecho se contempla en la Exposición de Motivos del Real Decreto 1300/2009, de 31 de julio, de medidas urgentes de empleo destinadas a los trabajadores autónomos y a las cooperativas y sociedades laborales, “...es conveniente propiciar el empleo estable en cooperativas y sociedades laborales, favoreciendo la incorporación de los trabajadores a la condición de socios trabajadores en dichas empresas participadas, y mejorando con ello la capitalización de las mismas y la estabilidad de los empleos”.

La intención del legislador en la redacción de la norma y la intención del solicitante del pago capitalizado de la prestación parecen encontrarse, en principio, en la teoría de un sistema de protección por desempleo que pretende incentivar el trabajo mediante medidas de fomento. En la práctica, en cambio, esas intenciones chocan de manera frontal cuando, de un lado,

aparece el fraude de aquellos beneficiarios de prestaciones por desempleo que, valiéndose de un sistema de protección quizá excesivamente paternalista y no excesivamente celoso en su control, incumplen la obligación legal de destinar la prestación capitalizada para el fin que justificó su otorgamiento. De otro lado, cuando esa aparente voluntad ilimitada del legislador expresada en la exposición de motivos de cada norma se deshinchaba en su articulado al limitar y acotar las medidas concretas de fomento del empleo, quedando, a veces, muy mermadas en su aplicación. Esto es lo que ocurre en los casos que nos ocupan.

En el supuesto de la sentencia de 19 de febrero, la normativa aplicable en dicho momento, es decir, la Disposición transitoria cuarta de la Ley 45/2002, impedía el acceso a la modalidad de pago único de la prestación si se había cesado antes en la misma empresa y, por tanto, resultaba ajustada a derecho la resolución denegatoria del INEM. Es cierto que la norma es clara en este sentido, y por ello parece comprensible la decisión del alto tribunal en este caso, sin embargo, la evolución legislativa seguida posteriormente en esta materia con la aprobación del Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril, la Ley 36/2003, de 11 de noviembre en su respectiva Disposición Final 3ª, el Real Decreto 1413/2005 y finalmente el Real Decreto 1300/2009, de 31 de julio, demuestra a las claras cómo esa medida ha ido quedando desfasada y esa declaración de intenciones formulada a raíz y por inspiración del artículo 125 y 126 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (“ *art 125. Los Estados miembros...se esforzarán por desarrollar una estrategia coordinada para el empleo (...)* *art 126. 1. Los Estados miembros mediante sus políticas de empleo, contribuirán al logro de los objetivos contemplados en el art 125. 2. (...) los Estados miembros considerarán el fomento del empleo como un asunto de interés común...*”), ha debido de ir ajustándose a la realidad económica y social hasta el momento actual.

La cuestión de fondo, en fin, no deja de ser otra que la limitación temporal del vínculo laboral previo con la sociedad de la que pretende formar parte el perceptor de la prestación, y de si esa limitación debe entenderse determinante a la hora de conceder el pago único. A la vista del marco normativo existente, resulta cuando menos llamativo que, desde el año 2002 hasta el momento actual, esa cuestión se ha resuelto de manera diferente según se avanza en el tiempo. Así, de la limitación absoluta al acceso a la modalidad de pago único por el trabajador que había mantenido vínculo laboral previo con la misma empresa que le dio la situación legal de desempleo, se ha pasado a una situación opuesta, más permisiva, que se adapta a un momento económico distinto. Por eso, el Real Decreto 1300/2009, de 31 de julio en su artículo 1º apartado a) recoge la regla que permite a los beneficiarios de prestaciones por desempleo que quieran capitalizar la prestación para incorporarse como socios trabajadores o de trabajo en cooperativas o en sociedades laborales, haber tenido relación laboral previa con la sociedad “ *independientemente de su duración*”. Ello demuestra, una vez más, cómo el derecho se ajusta a una realidad cambiante que en este caso exige medidas decididas en orden a la reactivación del empleo.

Por lo que se refiere al resto de sentencias comentadas, la cuestión es otra muy distinta aunque con un trasfondo sustancialmente igual. En ellas la cuestión gira en torno a la cuantía a satisfacer en concepto de pago único cuando se pretende la incorporación a una sociedad laboral o cooperativa por parte de un trabajador en desempleo. Y si esta cuantía que se limita, según la norma, a la “ *...aportación necesaria para acceder a la condición de socio...*” (Disposición Transitoria 4ª de la Ley 45/2002 en la redacción dada por el Real Decreto 1413/05, de 25 de noviembre) ha de entenderse en un sentido amplio o más restrictivo. Es decir, si la interpretación jurisprudencial ha de tener presente, una vez más, el fin último de esta medida de fomento del empleo, que es la ocupación efectiva de un desempleado, o si por el contrario,

ha de ceñirse al estricto literal de la norma sin entrar a valorar el trasfondo económico del hecho concreto. Las diferentes sentencias que se comentan se inclinan por la solución menos favorable al trabajador que inicia una actividad económica, por entender que no admite dudas la Disposición Transitoria 4ª a este respecto, y que sólo la aportación necesaria para acceder a la condición de socio, establecida en los estatutos, y no la aportación obligatoria o la inversión necesaria para el desarrollo de la actividad, debe otorgarse en concepto de pago único.

Con ello lo que se produce, en nuestra opinión, no es sino una limitación, un freno, a la actividad económica que pretende iniciarse.

Esa restricción en la cuantía que se concede como pago único, impide que el inicio de la actividad económica se aborde con mayores garantías, teniendo que acudir a préstamos bancarios con elevados intereses que exigen un mayor esfuerzo económico por parte del trabajador que inicia dicha actividad, siendo evidente que la intención de éste no es el fraude sino, antes al contrario, el inicio de una actividad económica. Además, y a mayor abundamiento, el órgano gestor, el Servicio Público de Empleo Estatal, puede comprobar y fiscalizar, de oficio y en cualquier momento, si lo estima conveniente, la utilización efectiva del dinero concedido, exigiendo comprobantes, facturas, liquidaciones de impuestos... que justifiquen la continuidad de la actividad económica y la inexistencia, en fin, de fraude.

Pero, en todo caso, ese temor al fraude no puede dejar descubiertas las necesidades reales de quienes se ven en situación de desempleo por motivos reales y no ficticios y quieren emprender una actividad económica. Asimismo, como ha puesto de relieve la doctrina, es además lógico que aquellas personas que pretendan formar parte de una sociedad laboral ya constituida conozcan y hayan formado parte previamente de la misma, garantía de un conocimiento mejor de la actividad económica y que además no debe ser objeto de penalización como hasta ahora venía siendo, al limitar la existencia de vínculo laboral previo. Por ello, lo habitual es recurrir a la financiación de quienes son próximos al mismo, pues son pocas las opciones que tiene la PYME de hallar inversores profesionales. Es común, por tanto, que quien se incorpore como socio haya pasado previamente por otras relaciones con la Sociedad, tal y como ha señalado la doctrina.

Parece que estas críticas hicieron mella en el legislador quien, a través del DRL 2/2003 y la ley 36/2003, delimita el supuesto de vinculación previa a los "doce meses" y posteriormente a los 24 meses, matizando la estricta y amplia norma anterior. Y en ese camino se sitúa la recentísima reforma operada por el RD 1300/2009 de 31 de julio, a la que hemos hecho referencia, de medidas urgentes de empleo destinadas a los trabajadores autónomos y a las cooperativas y sociedades laborales, que hay que enmarcar, obviamente, en el especial contexto económico actual de tasas de desempleo alarmantes y que, ahora sí, apuesta de manera más decisiva por unas medidas mas atrevidas que no obstante tienen fecha final, como indica el citado RD, al fijar un término, el 31 de Diciembre de 2010.