

**SUBROGACIÓN EMPRESARIAL DE UN
TRABAJADOR AUTÓNOMO Y PRESTACIÓN
POR DESEMPLEO EN PAGO ÚNICO**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia en Andalucía,
Sala de lo Social, de 9 de julio de 2009*

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS

JUAN JOSÉ PLAZA ANGULO*

SUPUESTO DE HECHO: El actor presentó demanda ante el Juzgado de lo Social nº 2 de Córdoba contra el INEM, por la negativa de esta entidad a conceder la prestación por desempleo en su modalidad de pago único, mediante resolución de 14 de junio de 2007. Dicha demanda fue admitida a trámite por el mencionado juzgado, que dictó sentencia a favor del trabajador el 14 de abril de 2008, y siendo dicha sentencia recurrida en suplicación por el Instituto Nacional de Empleo ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

En la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Córdoba quedan probados los siguientes hechos: En primer lugar, que el actor fue despedido el 27 de diciembre de 2006 de la empresa Enrique Zafra González, S. L., por causas objetivas, motivadas en el cierre de la empresa debido a la mala situación económica de la misma. Una vez la empresa estuvo cerrada y el actor se encontraba en situación legal de desempleo, éste acuerda alquilar a u antiguo empleador la nave y la maquinaria con el fin explotar el negocio como trabajador autónomo, de tal modo que el 1 de enero de 2007 se constituye como empresa, subrogando el contrato de uno de sus antiguos compañeros, y dándose de alta en el RETA el 3 de enero de 2007.

* Profesor TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Licenciado en Ciencias del Trabajo y doctorando del Programa Investigación y Marketing de la Universidad de Málaga, respectivamente.

El propio Instituto Nacional de Empleo reconoce que el actor cumple los requisitos pertinentes para percibir la prestación por desempleo en su modalidad de pago único, pero considera que el fin para el que lo solicita el actor difiere de los fines propios del programa de fomento de empleo en el cual se ampara.

RESUMEN: El INEM se alza en suplicación frente a sentencia del Juzgado de lo Social nº2 de Córdoba que declaró el derecho del trabajador a percibir prestación de desempleo en su modalidad de pago único; prestación que le fue denegada previamente por dicha entidad gestora. Alega dicha Administración que existe fraude de ley pues se trata de una empresa que cierra como consecuencia de la escasez de trabajo y, por tanto, no puede ejercerse la misma actividad empresarial. Por ello insiste en que los fines que establece la Ley 45/2002 para otorgar dicha prestación no concurren en este caso.

El Tribunal Superior de Justicia desestima el recurso al no apreciar la existencia de tal fraude en el hecho que el trabajador, una vez que se extingue su contrato de trabajo por cierre de la empresa debido a causas económicas, pretenda seguir ejerciendo como autónomo la misma actividad, pues se trata de una actividad que conoce y que ha venido ejerciendo hasta ese momento. Además, el Tribunal resta importancia a que dicha actividad se vaya a realizar en las mismas instalaciones y con los mismos medios materiales e incluso personales que se utilizaban antes del cierre de la antigua empresa matriz, pues considera el Tribunal que al fin y al cabo el trabajador autónomo inicia una actividad empresarial y asume el riesgo, como cualquier emprendedor, arriesgando el importe de la prestaciones de desempleo que legítimamente le corresponden, con el fin de mantener su empleo.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. NORMATIVA REGULADORA DE LA PRESTACIÓN DE DESEMPLEO EN SU MODALIDAD DE PAGO ÚNICO
3. REQUISITOS DE ACCESO Y OTRAS NOTAS PRELIMINARES
4. EN ESPECIAL SOBRE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO EN SU MODALIDAD DE PAGO ÚNICO ANTE UNA SITUACIÓN DE SUBROGACIÓN EMPRESARIAL

1. INTRODUCCIÓN

El trabajo se ha convertido en el medio de acceso que tiene la persona para formar parte de la sociedad, convirtiéndose el desempleo, en sus diversas manifestaciones de larga duración, en el factor detonante de la exclusión social. Pero además, y alejándonos del ámbito de los derechos y el bienestar de las personas

como tal, el desempleo se ha convertido en la principal amenaza del crecimiento económico de los estados modernos, que ven impotentes como las teorías neoliberales del sistema capitalista se muestran ineficientes e ineficaces a tal respecto. Con la actual crisis económica esta problemática se ha acentuado hasta encandilarnos con niveles insólitos de cifras de desempleados, aunque no es menos cierto que la población activa en la actualidad es muy superior a la de crisis del pasado, y con una caída considerable en las cifras de creación de empresas, a la par de un aumento de la desaparición de empresas ya existentes aunque no consolidadas. Estos hechos han posibilitado que el tema del desempleo y de la creación de empresas, especialmente del autoempleo, haya tomado los titulares de la palestra social y política.

Sin embargo, el desempleo es un problema que viene preocupando desde antiguo a los Estados y, de hecho, tal preocupación la tomo como propia la Unión Europea. Por ello, dentro de las distintas fórmulas estudiadas para el aumento del empleo, a las que más importancia se les está dando son las referidas al desarrollo del espíritu empresarial. Las directrices comunitarias convergen en la idea de incentivar la creación de empresas y, en particular, hacia el autoempleo individual o social. El desarrollo del “espíritu empresarial”, de acuerdo con la Comisión Europea, conlleva la adopción de una serie de medidas o instrumentos para conseguir un clima favorable a la creación y permanencia de las empresas. Evidentemente, para establecer un entorno favorable a la creación de empresas, si se quieren crear condiciones óptimas para el ejercicio empresarial han de eliminarse “todas las barreras y obstáculos que impidan la creación de empresas o que disuadan a los ciudadanos para crearlas”¹. Es en este orden de ideas donde ha de insertarse la sentencia que se comenta.

La Sentencia 2672/2009, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 9 de julio de 2009, viene a juzgar sobre un asunto de enorme importancia, especialmente en la actualidad, puesto que son muchos los planes de fomento del empleo que apuestan por apoyar el carácter emprendedor del desempleado ante la incapacidad del mercado de trabajo para reducir el volumen de demandantes de empleo. En esta sentencia, el Tribunal se encarga de eliminar una de esas barreras invisibles que coartan la actividad de los trabajadores cuando se deciden a convertirse en sus propios empleadores después de haber sido despedidos por la falta de trabajo en las empresas donde trabajaban como asalariados. Con ella, se matiza sobre un aspecto fundamental en los tiempos que corren: la continuidad de la actividad de una empresa cerrada como consecuencia de la crisis económica por mano de su antiguo asalariado, ahora como trabajador

¹ En Álvarez Cortés, JC, “Medidas de creación de empleo”, pág. 390-391, en AAVV, *Lecciones de Derecho del Empleo*, Dir. Rodríguez-Piñero Royo, Tecnos, Madrid, 2006.

autónomo, y el derecho de éste a percibir la prestación de desempleo, que le corresponde tras su despido objetivo, en la modalidad de pago único para invertirla en su negocio. Se equipara con ello al trabajador autónomo con los socios de cooperativas y sociedades laborales en cuanto a la percepción de dicha prestación y se protege, de este modo, la esencia que dio lugar a la economía social en España: la asunción de las empresas en crisis por los trabajadores.

El pago único es una herramienta utilizada en el abono de la prestación por desempleo como medida de fomento del autoempleo, siempre que lo establezca algún programa de fomento del empleo. A ello se refiere el artículo 228.3 de la Ley General de Seguridad Social, donde se indica que 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 por percibir.”*

La importancia de esta modalidad de pago en la prestación por desempleo, encuadrada dentro de las denominadas medidas de fomento del empleo, en este caso, autoempleo, puede apreciarse en el resultado de distintos estudios económicos. De hecho, apoyándose en cifras concretas, se ha dicho y probado que *“el pago único de prestación por desempleo es la ayuda que manifiestamente contribuye de forma generalizada a la financiación inicial de las empresas cooperativas en aquellos colectivos que provienen de un cierre de empresa o del trabajo por cuenta ajena.”*² Una postura que ha afirmado recientemente el legislador en el 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, cuando señala que *“en la mayoría de las empresas creadas por los trabajadores, es decir, cooperativas y sociedades laborales, han contado para su creación y crecimiento de forma preeminente con el capital procedente de la medida de abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único”*.

Es importante recordar que se trata esta forma de pago de una excepción dentro del ordenamiento jurídico español, ya que *“la única similitud que se encuentra en el sistema de protección de la Seguridad Social es el derecho a solicitar el pago a tanto alzado de la pensión por incapacidad permanente total.”*³ Observación importante, pero no novedosa, puesto que fue señalada en su día por la doctrina.⁴

² Así lo indican Coll Serrano, V.; Cuñat Giménez, R.; *Análisis de los factores que influyen en el proceso de creación de una cooperativa de trabajo asociado*. REVERSCO. Revista de Estudios Cooperativos, primer cuatrimestre, número 088, 2006, pp. 128–161

³ Para una mejor conocimiento respecto a la normativa concerniente al trabajador autónomo, puede verse: Cañal Ruiz, J.M.; Rubio De Medina, M.D.; *El pago único de la prestación por desempleo: régimen jurídico y novedades introducidas por la Ley 45/2002*. Temas Laborales, 2003, n° 68, pp. 108–109.

⁴ Como lo hizo López Gandía, J.; *El nuevo régimen jurídico de las prestaciones por desempleo*. Relaciones Laborales, 1985–II, pág. 415.

La norma que regula el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único es el RD 1044/1985, de 19 de junio, donde se dice que quienes tengan derecho a prestación por desempleo tras haber cesado de forma definitiva su relación laboral y vayan a incorporarse como socios a una cooperativa de trabajo asociado o sociedad laboral, así como aquellos que pretendan darse de alta como autónomos y tengan una minusvalía superior al 33%, podrán optar a la modalidad de pago único. Es importante señalar que respecto a los trabajadores autónomos la normativa ha ido variando a lo largo del tiempo.⁵ A día de hoy es la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, vigente en la actualidad, y el Real Decreto 1413/2005⁶, de 25 de noviembre, que modifica en parte la anterior ley, la normativa que regula la prestación por desempleo en su modalidad de pago único. Ley esta muy criticada por lo restrictivo de su contenido que viene a limitar el pago único y a contradecir los principios y fines del originario RD 1044/1985, aún vigente en parte.

⁵ El Real Decreto 1044/1985 permite el pago único para quienes pretendan realizar una actividad como trabajadores autónomos siempre que tengan una minusvalía igual o superior al 33%. Sin embargo, la Ley 22/1992, de 30 de julio, de medidas urgentes sobre fomento de empleo y protección por desempleo, en su Disposición Adicional Segunda, suprime esta posibilidad cerrando el campo de aplicación únicamente a quienes vayan a entrar a formar parte como socios de cooperativas de trabajo asociado o de sociedades laborales. Con la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, se permite nuevamente la capitalización para aquellos desempleados que pretendan realizar actividad como autónomos y acrediten una minusvalía igual o superior al 33%. Más adelante, el Real Decreto 45/2002, vuelve a permitir la capitalización del desempleo para quienes quieran constituirse como autónomos, aun no siendo minusválidos, pero únicamente para subvencionar la cotización a la Seguridad Social. La Ley 45/2002, de 12 de diciembre, permite a estos trabajadores obtener el 20% de la prestación pendiente para subvencionar el inicio de la actividad y el 80% restante para financiar las cuotas a la Seguridad social, excepto para los minusválidos a quienes no se les aplicará. Por último, Real Decreto 1413/2005, de 25 de noviembre, por el que se modifica la disposición transitoria cuarta de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, amplía estos porcentajes situándolos en un 40 y 60% respectivamente. En la actualidad el reciente aprobado Estatuto del Trabajador Autónomo en su Disposición adicional novena, recoge el compromiso del Gobierno a en el plazo de un año elaborar un estudio sobre la evolución de la medida de pago único y, si el resultado es favorable, ampliará los porcentajes actuales de capitalización destinados a financiar la inversión.

⁶ Ley esta muy criticada por lo restrictivo de su contenido que viene a limitar el pago único y a contradecir los principios y fines del originario RD 1044/1985, aún vigente en parte, y que ha sido tratada de manera más profunda y concisa en el n° 95 de esta misma publicación: Álvarez Cortés, JC y Plaza Angulo, JJ en *“El desempleo en su modalidad de pago único como ayuda a nuevos emprendedores”*, Temas Laborales, n° 95, p. 287.

2. NORMATIVA REGULADORA DE LA PRESTACIÓN DE DESEMPLEO EN SU MODALIDAD DE PAGO ÚNICO COMO MEDIDA DE FOMENTO DEL EMPLEO

La Constitución, en su artículo 40.1 establece la obligación de los poderes públicos de *“promover las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica”*, y especifica, además, que *“realizarán una política orientada al pleno empleo”*. En la actualidad en nuestro país el número de desempleados se ha incrementado de forma alarmante como consecuencia de la actual crisis económica. Este aumento del desempleo ha puesto freno a la importante reducción conseguida en la última década; una reducción que se produjo en un contexto de incorporación de la mujer al mercado de trabajo y de crecimiento de la población activa en general. Ante esta situación, de paro creciente y consolidación en el tiempo de las tasas de desempleo, y visto que el trabajo por cuenta ajena no es capaz de absorber completamente las demandas de trabajo de la población activa, las administraciones públicas intentan fomentar el autoempleo en cualquiera de sus distintas vertientes. Aunque esta política se lleva desarrollando bastante tiempo, es hoy cuando ocupa un mayor interés y protagonismo debido a la inutilidad del mercado para generar puestos de trabajo como consecuencia del bloqueo económico actual. De tal modo que es imprescindible el fomento de la creación de empresas y para ello la mejor forma es mediante el fomento Economía Social. Es decir, mediante la creación de sociedades cooperativas, de sociedades laborales, la inclusión como socio trabajador en cualquiera de las ya existentes e incluso el trabajo autónomo.

En 1985, con el Real Decreto 1044/85, de 19 de junio, se posibilitó por primera vez la prestación por desempleo en su modalidad de pago único como medida de fomento del empleo. Esta herramienta se ha convertido en la base sobre la que distintas iniciativas profesionales y empresariales han contribuido a la creación de empleo estable, pues se ha constituido como una de las principales vías de financiación de las nuevas empresas de Economía Social, teniendo como fin último y primordial, la búsqueda de la creación de empleo. Tales medidas de fomento del autoempleo encuentran respaldo legal en el artículo 129.2 de la Constitución, donde se dispone que los poderes públicos habrán de promover las formas de participación en la empresa, especialmente las cooperativas, así como que se *“establecerán los medios que facilite el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción”*.

El Real Decreto 1044/1985 fue consecuencia, de otro lado, de las bases sentadas en el art. 23.3 de la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, que rezaba: *“Cuando así lo establezca un programa de fomento de*

empleo, la Entidad Gestora podrá abonar de una sola vez el valor actual del importe de la prestación de nivel contributivo, correspondiente al periodo a que tenga derecho el trabajador en función de las cotizaciones efectuadas". Similar redacción tiene el art. 228.3 del Real Decreto Legislativo 1/1994.

Consecuencia de la crisis económica de los 90, con sus altas tasas de desempleo y un gran desequilibrio financiero en el sistema de protección por desempleo, es la Ley 22/1992 de medidas urgentes sobre fomento de empleo y protección por desempleo. En su Disposición Adicional Segunda, se suprime esta modalidad de cobro del desempleo para todos aquellos colectivos que no pretendían formar parte de cooperativa o sociedad laboral.⁷ Más adelante, en 1998, la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, viene de nuevo a permitir esta modalidad para los trabajadores que pretendieran darse de alta como autónomos, siempre que acreditaran además una minusvalía igual o superior al 33 por 100.⁸

El año 2002 se constituye como de especial relevancia. Por un lado, se aprueba el Real Decreto Ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma de la protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, que modifica lo establecido en el artículo 228.3 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Con esto se especifica que cuando lo recoja algún programa de fomento del empleo, la Entidad Gestora podrá conceder la prestación de desempleo en un único pago por la cantidad que le corresponda en su cuantía "*total o parcial*". Además, el RD 5/2002, de 24 de mayo, vuelve a permitir que los trabajadores que pretendan constituirse en autónomos accedan al mismo pero para subvencionar las cotizaciones de la Seguridad Social.

Ese mismo año, se dicta la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, vigente en la actualidad, que deroga al Real Decreto 5/2002, de 24 de mayo. Esta Ley, en su Disposición Transitoria Cuarta, se encarga de dar cuerpo a este derecho en el que nos centraremos más abajo. Si bien es cierto, que la misma ha sido modificada en parte, aunque manteniéndola en su mayoría, por el Real Decreto 1413/2005, de 25 de noviembre, por el que se modifica la disposición

⁷ Martín López, S.; Lejarriaga Pérez de las Vacas, G.; Iturrioz Del Campo, J.; *Causística de acceso a la actualización de la prestación por desempleo: bases para un modelo de decisión*. CIRIEC-España nº 52/2005, pp. 307-334.

⁸ Para una mayor información respecto a la normativa concerniente al trabajador autónomo, puede verse: Cañal Ruiz, J.M.; Rubio De Medina, M.D.; *El pago único de la prestación por desempleo: régimen jurídico y novedades introducidas por la Ley 45/2002*. Temas Laborales, 2003, nº 68, pp. 108-109.

transitoria cuarta de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad.⁹

La última reforma, es la acontecida con el 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, que ha modificado en parte el apartado 2 de la disposición transitoria cuarta de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre. De este modo, señala el Real Decreto que *“la actual limitación temporal que recae sobre los trabajadores asalariados para poder utilizar esta medida de fomento de empleo, según la cual su relación contractual con la cooperativa o sociedad laboral no puede exceder de 24 meses, supone en la actual coyuntura económica una limitación para que estos trabajadores accedan a la condición de socio trabajador de la empresa y por medio del abono de la prestación en su modalidad de pago único puedan financiar su aportación al capital social de cooperativas y sociedades laborales, mejorando los recursos propios de éstas y adquiriendo un mayor compromiso con el proyecto empresarial”*¹⁰. En la misma línea, se encarga de los trabajadores autónomos y *“se da forma al aumento del porcentaje de capitalización de la prestación por desempleo para los colectivos de jóvenes, con el fin de aumentar las posibilidades de que los trabajadores desempleados hasta 30 años y mujeres hasta 35 puedan convertirse en trabajadores autónomos”*¹¹.

Sin embargo, tales medidas, que resultan positivas para el fin que persigue la prestación por desempleo en su modalidad de pago único, tienen carácter temporal. Siendo su fecha de fin el 31 de diciembre del año en curso (2010),

⁹ En concreto, las reformas que introduce este Real Decreto respecto al texto vigente en el apartado 1 de la citada disposición transitoria cuarta de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, son: en la regla 1ª amplía de 12 a 24 meses el plazo máximo del vínculo contractual previo con la cooperativa o sociedad laboral a la que se pretende incorporar de forma estable y permite que el abono de la prestación se extienda también, en el caso de la cooperativa, a las aportaciones al capital social y a la cuota de ingreso; en la regla 2ª permite el abono mensual de la prestación por desempleo para subvencionar la cotización del trabajador a la Seguridad Social; en la regla 3ª amplía al 40 por ciento el porcentaje de capitalización a los que pretendan constituirse como trabajadores autónomos; y, finalmente, introduce una regla 4ª, que establece que la solicitud de abono de la prestación por desempleo conforme a lo establecido en las reglas anteriores será de fecha anterior a la incorporación o constitución de la cooperativa o sociedad laboral o al inicio de la actividad como autónomo.

¹⁰ Véase el artículo 1, apartado a) 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.

¹¹ Véase el artículo 1, apartado b) 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.

aunque cabe la posibilidad de que el Gobierno prorrogue la medida, siempre y cuando así lo estimen oportuno en connivencia con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, de las asociaciones de autónomos y las organizaciones de la economía social. A nuestro juicio tales medidas deberían de gozar de un plazo indefinido de aplicación unido a la vida de la propia normativa a la que se asocia, pues se trata a todas luces de una mejora en la exigua e incompleta redacción de la normativa reguladora del pago único de la prestación de desempleo. Al margen del comentario que nos ocupa, no está de más sugerir desde estas páginas la redacción uniforme y completa de la normativa reguladora de esta prestación. Nos parece necesario, cuando no imprescindible, el poder contar con un texto legal que no dé lugar a dudas, pues suponen un esfuerzo innecesario y un despilfarro de recursos los innumerables litigios jurídicos que está propiciando su aplicación, y que se cohesione conforme al fin primero de dicha prestación: el constituirse como una ayuda para la creación de empleo y riqueza.

3. REQUISITOS DE ACCESO Y OTRAS NOTAS PRELIMINARES¹²

Como se ha señalado con anterioridad, se trata de una medida para fomentar y facilitar iniciativas de autoempleo, a través del abono del valor actual del importe de la prestación por desempleo de nivel contributivo a los beneficiarios de prestaciones que pretenden incorporarse, de forma estable, como socios trabajadores o de trabajo en cooperativas o en sociedades laborales, constituir las, o que quieren desarrollar una nueva actividad como trabajadores autónomos.

El abono de la prestación se realizará de una sola vez por el importe que corresponda a la aportación obligatoria establecida con carácter general en cada cooperativa, o al de la adquisición de acciones o participaciones del capital social en una sociedad laboral, en ambos casos en lo necesario para acceder a la condición de socio, o a la inversión necesaria para desarrollar la actividad en el caso de trabajadores autónomos con minusvalía en hasta el 100% de la prestación, o a trabajadores autónomos sin minusvalía hasta el 40% del importe pendiente de recibir por la prestación de desempleo, dejando el resto como subvención de las cotizaciones por los propios.¹³

¹² Sobre el tema, in extenso, puede verse nuestro trabajo "Política de empleo y sistema de protección social", en AAVV, Lecciones de Derecho del Empleo, op. cit., págs. 442 y sigs.

¹³ Se trata del contenido de este párrafo, concretamente, del montante del pago del tema que trata la STS 6903/2007, de 4 de octubre de 2007, así como la STSJ de Andalucía 1089/2006, de 6 de abril de 2006.

Importante es recordar como lo hace la doctrina¹⁴, que a pesar de ser un programa de fomento del empleo, es destinado exclusivamente a aquellos trabajadores que tienen derecho a percibir la prestación por desempleo¹⁵ y que la cuantía será exclusivamente la que le corresponda en función de su cotización. Por lo tanto, se nos presenta como una medida de fomento del empleo limitada, que beneficia a los trabajadores que han disfrutado de cierta estabilidad laboral en el período anterior a la solicitud. Por ello, los trabajadores sujetos a la flexibilidad del mercado de trabajo, a las formas de contratación precaria, (contratos a tiempo parcial, contratos temporales, contratos fijos-discontinuos, etc.) tienen muchas dificultades para acceder al pago único de la prestación por desempleo, y de hacerlo, su cuantía es en la mayoría de los casos insignificante.¹⁶

De forma breve y escueta podemos decir que los requisitos para acceder a esta modalidad de la prestación de desempleo son los siguientes:¹⁷

- Ser beneficiario de una prestación contributiva por desempleo y tener pendiente de recibir, a fecha de solicitud al menos, tres mensualidades.
- No haber hecho uso de este derecho, en cualquiera de sus modalidades, en los cuatro años inmediatamente anteriores.
- Acreditar la incorporación como socio trabajador a una cooperativa de trabajo asociado o sociedad laboral, de nueva creación o en funcionamiento, de forma estable. En el caso de querer incorporarse a una cooperativa o una sociedad laboral, aunque hayan mantenido un

¹⁴ Cañal Ruiz, J.M.; Rubio De Medina, M.D.; *El pago único de la prestación por desempleo: régimen jurídico y novedades introducidas por la Ley 45/2002*. Temas Laborales, 2003, nº 68, pp. 108–109.

¹⁵ Recuérdese que los requisitos básicos para acceder a la prestación por desempleo son, a grandes rasgos y sin entrar en detalles, estar afiliado y en situación de alta o situación asimilada al alta en la Seguridad Social en un régimen que contemple la contingencia por desempleo, encontrarse en situación legal de desempleo, acreditar la disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar una colocación adecuada y suscribir un compromiso de actividad, tener cotizado por desempleo un período mínimo de 360 días dentro de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo, no haber cumplido la edad ordinaria necesaria para la pensión de jubilación y no formar parte de alguna de las causas de incompatibilidad.

¹⁶ Para profundizar en el análisis del perjuicio que le supone a este colectivo la flexibilidad del mercado de trabajo en relación con las prestaciones de desempleo consúltense Monereo Pérez, J.L., *El sistema de protección por desempleo en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 190 y ss.

¹⁷ Para profundizar en las diversas connotaciones de los requisitos para acceder a la prestación por desempleo en Pago único, véase Cañal Ruiz, J.M.; Rubio De Medina, M.D.; *El pago único de la prestación por desempleo: régimen jurídico y novedades introducidas por la Ley 45/2002*. Temas Laborales, 2003, nº 68, pp. 108–109.

vínculo contractual previo con dichas sociedades, independientemente de su duración.¹⁸

- Acreditar, en su caso, la realización de una actividad como trabajador autónomo.
- No haber iniciado la actividad antes de la fecha en que se presenta la solicitud de pago único¹⁹.
- En caso de haber impugnado ante la jurisdicción social el cese de la relación laboral origen de la prestación por desempleo cuya capitalización se pretende, la solicitud de pago único deberá ser posterior a la resolución del procedimiento correspondiente.

4. EN ESPECIAL SOBRE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO EN SU MODALIDAD DE PAGO ÚNICO ANTE UNA SITUACIÓN DE SUBROGACIÓN EMPRESARIAL

El tema sobre el que versa el litigio es una vez más el controvertido derecho de los desempleados a recibir la prestación por desempleo en su modalidad de pago único con el fin de invertir dicha cuantía en una nueva empresa de economía social o en su propio negocio como trabajador autónomo. Y decimos controvertido porque el número de litigios que tienen que ver con esta modalidad de la prestación por desempleo es más alto del deseable, observándose en los innumerables casos que llegan a los órganos jurisdiccionales como el INEM²⁰ parece tener cierta reticencia a la hora de aplicar la normativa a este

¹⁸ Con anterioridad al 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, únicamente podían incorporarse a una cooperativa o sociedad laboral cuando no hubiera mantenido un vínculo contractual previo con la misma superior a 24 meses. La reforma actual que elimina esta limitación estará vigente hasta el 31 de diciembre de 2010, aunque el Gobierno podrá revisar su utilidad y ampliar el plazo.

¹⁹ Aunque este requisito ha sido muy matizado por la jurisprudencia, y se ha venido aplicando en función de la situación particular de cada caso, cuando ha sido necesaria la interpretación de la norma.. Véase a modo de ejemplo la reciente Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2009.

²⁰ Seguimos con la inercia de la sentencia en la denominación del INEM, aunque ha de recordarse que la Ley 56/2003 de 16 de diciembre, de Empleo produce el cambio de denominación de esta entidad gestora:

“Disposición Adicional Primera. Identificación del Servicio Público de Empleo Estatal.

El Instituto Nacional de Empleo pasa a denominarse Servicio Público de Empleo Estatal, conservando el régimen jurídico, económico, presupuestario, patrimonial y de personal, así como la misma personalidad jurídica y naturaleza de organismo autónomo de la Administración General del Estado, con las peculiaridades previstas en esta Ley.

respecto, y suele olvidar con bastante frecuencia el fin último y primordial de la norma que es el de fomentar el empleo entre los colectivos de desempleados.

En este caso la Sentencia 2672/2009, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 9 de julio de 2009, se va a pronunciar sobre un caso de cierre de una empresa por causas económicas, en el que uno de los trabajadores despedidos opta por, una vez en situación legal de desempleo, retomar como trabajador autónomo la misma actividad que venía realizando como trabajador asalariado. Para ello, alquila las antiguas dependencias, así como la maquinaria, de la empresa en la que trabajaba y solicita, con el fin de comenzar su actividad como trabajador por cuenta propia, que la prestación por desempleo que le pertenece tras la extinción de su antigua relación laboral le sea otorgada en su modalidad de pago único.

El INEM considera que, a pesar de cumplir los requisitos de acceso a la prestación, nos encontramos ante un caso de fraude de ley, pues se trata de continuar realizando la actividad que se hacía por cuenta ajena, en las mismas dependencias y con los mismos medios, por lo que, según la entidad gestora, de lo que se trata en realidad es de un cambio en la titularidad del negocio. Al poner sobre la mesa tal interpretación el INEM no solo se pronuncia sobre el caso de este trabajador en concreto, sino que a nuestro juicio, se pronuncia sobre la supuesta ilegalidad de los despidos objetivos y del cierre de la empresa. Objetivamente, la lógica aportada por el INEM es bastante simple y errónea, pudiendo parecer incluso ridícula pues cuestiona en el fondo la propia base del nacimiento de la Economía Social en España, es decir, el rescate de empresas en crisis por mano de los trabajadores de las mismas, puesto que según la interpretación de la entidad gestora y, citamos literalmente, en una empresa que atraviesa una *“mala situación económica y de producción, que la lleva al cierre y al despido de los trabajadores por causas objetivas, es posible presumir el fraude, cuando en esas circunstancias, un trabajador despedido pasa a explotar el mismo negocio”*²¹. Tal argumento, al igual que lo fue en su día por el Juzgado de lo Social²², es fácilmente rebatido y desmontado por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía tal y como veremos a continuación.

Como acabamos de mencionar, el INEM alega la existencia de fraude de ley. Como señala la doctrina, la referencia al fraude de ley para la obtención de la prestación por desempleo, es un tema recurrente al que se alude constantemente,

En consecuencia con lo anterior, todas las referencias que en la legislación vigente se efectúan al Instituto Nacional de Empleo o a sus funciones y unidades deben entenderse realizadas al Servicio Público de Empleo Estatal.”

²¹ Véase el Segundo Fundamento de Derecho de la STSJA 2672/2009, de 9 de julio de 2009.

²² La sentencia de primera instancia fue dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Córdoba el 14 de abril de 2008.

pero que, sin embargo, no es tan fácil de demostrar²³. Recordamos que el fraude de ley está contemplado en el artículo 6 del Código Civil: “*los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que hubieren tratado de eludir*”. Tradicionalmente, se ha entendido como fraude de ley la conducta de aquél que, con amparo en determinadas leyes, elude o trata de eludir la aplicación de otras, o bien alcanza o trata de alcanzar un fin prohibido por el ordenamiento jurídico²⁴. El objetivo de esta figura es garantizar que las leyes cumplan la finalidad para la que fueron dictadas, salvando posibles lagunas, incompatibilidades o incongruencias del sistema de normas en donde se aplique. Prima, por lo tanto, el sentido de la ley sobre su texto. Curiosamente en la sentencia que nos ocupa, este sentido de la ley sobre su texto es justamente lo que queda desprotegido si el Tribunal hubiere dado la razón a la entidad gestora. La figura del fraude de ley²⁵ no tiene una serie de supuestos tasados que se repiten en todas las ocasiones, sino que los casos pueden ser tantos como situaciones diversas deba haber. Por ello, han de estudiarse de forma individual.

En la sentencia que nos ocupa el Tribunal recuerda que la jurisprudencia exige la existencia de pruebas que constaten la existencia del fraude de ley y no únicamente la presunción de la existencia del mismo²⁶. El Tribunal ha señalado, citamos literalmente, que “*no se pueden considerar como indicios suficientes del fraude de ley el hecho de que el trabajador, una vez que se extingue su contrato de trabajo por cierre de la empresa debido a causas económicas,*

²³ Para profundizar en el tema puede consultarse Lluch Corell, F. J., “*Prestación por desempleo y fraude de Ley. Respuesta de los Tribunales*”. Revista de Jurisprudencia El Derecho, n° 4, p. 6, mayo de 2005.

²⁴ Señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2008 que, “*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*”.

²⁵ A pesar de ello, existen una serie de requisitos que suelen repetirse en los supuestos en que existe fraude de ley:

- a) debe realizarse un acto amparado legalmente, esto es, debe existir una norma que permita realizar la conducta.
- b) La conducta en cuestión debe dar como resultado la defraudación del ordenamiento jurídico.
- d) Caso por caso habrá que analizar si debe prevalecer la norma que permite la conducta que defrauda otra, o si se aprecia la existencia de un fraude de ley, en aras de preservar los principios generales del ordenamiento jurídico.

²⁶ Señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2008 que “*la doctrina de la Sala es constante al afirmar que el fraude de Ley no se presume y que ha de ser acreditado por el que lo invoca pues su existencia –como la del abuso de derecho– sólo podrá declararse si existen indicios suficientes de ello, que necesariamente habrán de extraerse de hechos que aparezcan como probados (STS 25/05/00 –rcud. 2947/99–)*”.

pretenda seguir ejerciendo la misma actividad, que conoce y ha venido ejerciendo hasta ese momento, ahora como autónomo, arriesgando su actividad y el importe de las prestaciones por desempleo que legítimamente le corresponden". Especialmente significativo nos parecen estas últimas palabras del tribunal: "que legítimamente le corresponden", pues en ningún caso alega el INEM que el trabajador no tuviera derecho a prestación de desempleo, ni mucho menos que se encontrara en situación legal de desempleo. Por lo que es incomprensible la postura de dicha entidad, que parece preferir abonar la prestación por desempleo a un parado antes que colaborar en el fomento del autoempleo conforme a los planes establecidos por el Gobierno.

En este mismo sentido se pronunció recientemente el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, en Sentencia de 23 de junio de 2009, donde se señalaba que al no cuestionarse que el desempleado sea titular del derecho a la prestación por desempleo, pues éste estaba afiliado al Régimen General de la Seguridad Social y fue despedido por quien era su empresario, acreditándose posteriormente el inicio de una actividad profesional como autónomo, no puede exigirse al trabajador que si inicia una actividad empresarial ésta sea distinta a la que ha venido realizando hasta el momento del despido. Desde ningún punto de vista puede ser 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. De hecho, no podemos olvidar en ningún momento que lo que la norma pretende 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, así como por emprender nuevas iniciativas como trabajadores por cuenta propia.

Por otro lado, el planteamiento del INEM hace pensar en la supuesta imposibilidad, siempre según sus criterios, de que un trabajador pueda hacerse caso de un negocio con problemas económicos que impiden su continuidad. Esta postura es a todas luces un absurdo y, desde nuestro punto de vista, ha sido formulada sin tener en cuenta los fundamentos esenciales de la propia normativa, así como la interpretación que la jurisprudencia se ha encargado de asentar y la propia realidad social actual e histórica del contexto en que se producen los hechos. El INEM asegura, citamos del texto de la sentencia, que una si "*la empresa atravesaba una tan mala situación económica y de producción, que la lleva al cierre y al despido de los trabajadores por causas objetivas, es posible presumir el fraude, cuando en esas circunstancias, un trabajador despedido pasa a explotar el mismo negocio*". Es decir, con esta afirmación la entidad gestora niega la posibilidad de que una empresa con problemas económicos pase a manos de sus trabajadores en lugar de cerrar sus puertas indefinida-

mente, con lo que pone en tela de juicio y bajo sospecha de fraude de ley a miles de procesos acontecidos a lo largo de la historia reciente del país y a uno de los brazos más activos de las denominadas entidades de Economía Social.

De hecho, como apunta el Tribunal en la sentencia que nos concierne, el Tribunal Supremo en sentencia de 15 de abril de 1999, afirma que *“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 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”*. Es decir, que el Instituto Nacional de Empleo viene a proponer la existencia de fraude de ley en un modo de actuación reconocido por el ordenamiento jurídico.

Pero además, y si queremos ver como nos encontramos ante casos excepcionales de subrogación empresarial, basta con tomar como ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Julio de 2008, donde se señala que no existe subrogación empresarial, a pesar de que el actor continué la actividad de la empresa cerrada, contrate a parte de la plantilla, ocupe el mismo inmueble y utilice los medios de producción de ésta, puesto que la anterior empresa ha cerrado y a despedido objetivamente a la plantilla, no habiéndose transmitido una empresa o una unidad productiva en funcionamiento. Por tanto, podríamos decir que no existe tal subrogación empresarial cuando se transmite la empresa al actor. Es decir, se produce un punto de inflexión entre el momento en que una empresa cierra y se despide a los trabajadores por causas económicas y, posteriormente, nace la nueva empresa propiedad de uno de aquellos trabajadores despedidos.

Pero lejos de complicadas interpretaciones, en el supuesto que nos ocupa la cuestión es mucho más simple y, por ello, una vez más el Tribunal se encarga de recordar a la entidad gestora que lo que único que ha pretendido el actor es conseguir la prestación por desempleo que le correspondía en su modalidad de pago único, conforme a lo que la norma posibilita, pues recordamos, una vez más, que de lo que se trata es de *“propiciar la iniciativa de autoempleo de los trabajadores desempleados, facilitando la realización de un trabajo por cuenta propia o la incorporación como socios a Cooperativas de trabajo asociado o a Sociedades laborales, a aquellas personas que hubieran perdido su trabajo anterior”*, y no de poner trabas a la iniciativa empresarial, como ha hecho el INEM, por el mero de hecho de comulgar con ciertas directrices internas, sumamente cuestionables, que ponen en duda la buena fe de los solicitantes.