



## PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Málaga

### EL DESEMPLEO EN SU MODALIDAD DE PAGO ÚNICO COMO AYUDA A NUEVOS EMPRENDEDORES

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social,  
de 4 de octubre de 2007*

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS

*Profesor TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Málaga*

JUAN JOSÉ PLAZA ANGULO

*Licenciado en Ciencias del Trabajo y doctorando del  
Programa Investigación y Marketing de la Universidad de Málaga*

**SUPUESTO DE HECHO:** El actor cursó ante el INEM solicitud de prestaciones por desempleo que le fueron reconocidas por Resolución, por un total de 408 días de conformidad con los días cotizados (1436) y su base reguladora diaria (34,55€). Ese mismo día, el actor solicitó el abono de dicha prestación en su modalidad de pago único ya que su intención era la de entrar a formar parte de una Sociedad Cooperativa Andaluza, para lo cual suscribiría un total de 20.000 títulos por valor de 20.000€. A esta petición respondió el INEM reconociendo la prestación en su modalidad de pago único por 334 días, con arreglo a los días cotizados y a la base reguladora mencionada. El montante total de la cuantía resuelta por el INEM asciende a 5.000€, correspondientes a 226 días a capitalizar y coincidente con la cuantía de aportación obligatoria para formar parte de la cooperativa que es del 25% del total.

No estando de acuerdo el actor con la resolución del INEM, interpone demanda que es desestimada. Resuelve el recurso de suplicación la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga), en sentencia por la que se condena al INEM a capitalizar los 108 días pendientes y a abonar al actor la cuantía correspondiente (en total, la suma de

2.082,12€). Frente a dicha sentencia, se formula recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que alega como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga), de 6 de abril de 2006.

**RESUMEN:** El Tribunal Supremo estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el demandado INEM. Se analiza el contenido de la disposición transitoria cuarta de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, donde se establecen algunos requisitos, así como la forma de la cuantía, del abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único como medida para el fomento del empleo en economía social y empleo autónomo. También se analiza el art 228.3 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, donde se establece que el importe de la prestación por desempleo en pago único podrá ser «total o parcial». Además, se estudia lo establecido en los artículos 12.6 y 13 de la Ley 2/1999, de 31 de marzo, de Cooperativas de Andalucía, y, por supuesto, el Real Decreto 1044/ 85, de 14 de junio, de Abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único por el valor actual de su importe, como Medida de Fomento del Empleo.

En su decisión, el Tribunal Supremo (rec.3925/2006, Presidente: D. Luis de Castro Fernández) tiene en consideración los fundamentos esgrimidos en la Sentencia de contraste, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 6 de abril de 2006 (recurso 520/2006). Y conforme a la misma, considera que en los casos como el presente, donde se pretende el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único debido a la incorporación del trabajador a una cooperativa, se ha de distinguir entre la aportación obligatoria inicial para ser socio y la parte de la misma que habrá de desembolsarse en el momento de la suscripción. Considera el alto Tribunal, que la Entidad Gestora sólo debe satisfacer la primera de ellas, destinando el resto de la prestación capitalizada a atender trimestralmente las obligaciones de cotización del trabajador a la Seguridad Social.

#### ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. BREVE REPASO A LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PRESTACIÓN DE DESEMPLEO EN SU MODALIDAD DE PAGO ÚNICO
3. NOTAS SOBRE EL PAGO ÚNICO Y SUS REQUISITOS DE ACCESO
4. ESPECIAL SOBRE EL PAGO PARCIAL DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO EN LA MODALIDAD DE PAGO ÚNICO Y SU INTERPRETACIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO

## 1. INTRODUCCIÓN

Es de todos conocida la preocupación de los Estados por evitar tasas o niveles altos de desempleo. Preocupación que ha hecho suya la UE. 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»<sup>1</sup>. Es en este orden de ideas donde ha de insertarse la sentencia que se comenta.

La STS 6903/2007, de 4 de octubre de 2007, viene a juzgar sobre un asunto de gran importancia. En la actualidad son innumerables los planes de fomento del empleo que apuestan por apoyar el carácter emprendedor del desempleado ante la incapacidad del mercado de trabajo para reducir de forma significativa el volumen de demandantes de empleo. En esta sentencia no sólo se va a juzgar sobre un litigio determinado sino que, además, se entra a explicar la normativa vigente concerniente a la prestación de desempleo en su modalidad de pago único y se critica, al margen de la decisión judicial sobre la interpretación de la norma y el caso en concreto, el contenido de la ley que desde el punto de vista de los expertos en la materia y del propio Tribunal Supremo es contraria a la finalidad que decide pretender perseguir.

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». Pero además, en caso de que el pago haya sido parcial, el resto del montante a que

<sup>1</sup> 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.

se tenga derecho podrá utilizarse para subvencionar la cotización del trabajador a la Seguridad Social.

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»*<sup>2</sup>.

Es importante señalar 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»*<sup>3</sup>. Observación importante, pero no novedosa, puesto que fue señalada en su día por la doctrina<sup>4</sup>.

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<sup>5</sup>. A día de hoy es la Ley 45/2002, de 12 de

<sup>2</sup> 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». *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, primer cuatrimestre, número 088, 2006, págs. 128-161

<sup>3</sup> 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, núm. 68, págs. 108-109.

<sup>4</sup> Como lo hizo LÓPEZ GANDÍA, J.; «El nuevo régimen jurídico de las prestaciones por desempleo». *Relaciones Laborales*, 1985-II, pág. 415.

<sup>5</sup> 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 nuevamen-

diciembre, de medidas urgentes del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, vigente en la actualidad, y el Real Decreto 1413/2005, 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.

## 2. BREVE REPASO A LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PRESTACIÓN DE DESEMPLEO EN SU MODALIDAD DE PAGO ÚNICO <sup>6</sup>

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 aún existe un gran número de desempleados, si bien es cierto que en la última década se ha reducido considerablemente el número de parados produciéndose este recorte, además, en un contexto de incorporación de la mujer al mercado de trabajo y de crecimiento de la población activa en general. Ante esta situación, y visto que el trabajo por cuenta

---

te 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.

<sup>6</sup> Respecto a la evolución histórica de la normativa referente al pago único por desempleo es muy interesante, en especial por los gráficos y esquemas que se presentan, el artículo realizado por MARTÍN LÓPEZ, S.; LEJARRIAGA PÉREZ DE LAS VACAS, G.; ITURRIOZ DEL CAMPO, J.; *Casística de acceso a la actualización de la prestación por desempleo: bases para un modelo de decisión*. CIRIEC-España núm. 52/2005, págs. 307-334.

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. Así, se fomenta la creación de sociedades cooperativas, de sociedades laborales, la inclusión como socio trabajador en cualquiera de las ya existentes e incluso el trabajo autónomo. De esta forma, y desde que en 1985, con el Real Decreto 1044/85, de 19 de junio, se posibilita la prestación por desempleo en su modalidad de pago único, esta herramienta se ha convertido en la base sobre la que distintas iniciativas profesionales y empresariales han contribuido a la creación de empleo estable.

Estas medidas que se apoyan en las figuras de la economía social, y que como fin último y primordial, buscan la creación de empleo, encuentran también respaldo 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».

Como hemos dicho anteriormente, fue en 1985 cuando se reguló por vez primera la prestación por desempleo mediante pago único. De ello se encargó el Real Decreto 1044/85, de 19 de junio, por el que se regula el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único por el valor actual de su importe, como medida de fomento de empleo. Cabe señalar a este respecto que previamente, la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, sentó las bases para el desarrollo de este instrumento, señalando en su artículo 23.3 que: «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 <sup>7</sup>.

<sup>7</sup> 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 núm. 52/2005, págs. 307-334.

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<sup>8</sup>.

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 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<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> 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, núm. 68, págs. 108-109.

<sup>9</sup> 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 1.ª 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 2.ª permite el abono mensual de la prestación por desempleo para subvencionar la cotización del trabajador a la Seguridad Social; en la regla 3.ª amplía al 40 por ciento el porcentaje de capitalización a los que pretendan constituirse como trabajadores autónomos; y, finalmente, introduce una regla 4.ª, 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.

### 3. NOTAS SOBRE EL PAGO ÚNICO Y SUS REQUISITOS DE ACCESO <sup>10</sup>

Como hemos 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 <sup>11</sup>.

Importante es recordar como lo hace la doctrina <sup>12</sup>, 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 desempleo <sup>13</sup> 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 con-

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> 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, núm. 68, págs. 108-109. DE SOTO RIOJA, S.; «Medidas de fomento del empleo y de la ocupación en la Reforma de 2002», especial monográfico de *Relaciones Laborales sobre La reforma de la protección de desempleo en la Ley 45/2002*, núm. 4/2003, págs. 183-210.

<sup>13</sup> 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.





tratación 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 <sup>14</sup>.

De forma breve y escueta podemos decir que los requisitos para acceder a esta modalidad de la prestación de desempleo son los siguientes <sup>15</sup>:

- 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, el trabajador no ha tenido que tener un vínculo contractual previo con ella superior a 24 meses.
- Acreditar la realización de una actividad como trabajador autónomo.
- 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 EL PAGO PARCIAL DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO EN SU MODALIDAD DE PAGO ÚNICO Y SU INTERPRETACIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO**

Como se ha explicado más arriba, el tema sobre el que versa el litigio es la cuantía a percibir por el demandante tras solicitar la prestación por desempleo en su modalidad de pago único con el fin de ingresar como so-

<sup>14</sup> 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 consúltese MORENO PÉREZ, J.L., *El sistema de protección por desempleo en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 190 y ss.

<sup>15</sup> 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, núm. 68, págs. 108-109 DE SOTO RIOJA, S.; «Medidas de fomento del empleo y de la ocupación en la Reforma de 2002», especial monográfico de *Relaciones Laborales sobre La reforma de la protección de desempleo en la Ley 45/2002*, núm. 4/2003, págs. 183-210.

cio trabajador en una cooperativa de nueva constitución. Parece claro que la norma y la interpretación judicial que vienen argumentando los tribunales respalda la afirmación de que, en el supuesto en que un trabajador beneficiario de dicha prestación contributiva pretenda incorporarse como socio trabajador de una cooperativa o sociedad laboral, podrá obtener el abono de la prestación<sup>16</sup> de una sola vez por el importe que corresponda a la aportación establecida con carácter general en cada cooperativa y a la cuota de ingreso y su similar en la sociedad laboral, pero siempre en lo necesario para acceder a la condición de socio.

De esta forma, si la cuantía necesaria para adquirir la calidad de socio es menor al montante total al que asciende la capitalización de la prestación, el resto de ésta que no se abona al beneficiario en pago único podrá utilizarse para subvencionar la cotización a la Seguridad Social correspondiente a la actividad que se va a iniciar. La cuantía de esta subvención es fija y se corresponde con el importe de la aportación íntegra del trabajador a la Seguridad Social, extendiéndose hasta que se agote la prestación de desempleo y siempre que el trabajador se mantenga en la actividad iniciada.

La posibilidad de fraccionar la percepción del pago de la prestación de desempleo en su modalidad de pago único, no nace con la norma originaria en el año 1985 sino que se debe a una reforma posterior; la introducida por la entrada en vigor del Real Decreto Ley 5/2002, de 24 de mayo, y la posterior Ley 45/2002, de 12 de diciembre, vigente en la actualidad. Estas normas, se redactaron sumidas en un cúmulo de despropósitos, no sólo por su nefasta redacción, sino también, que es lo importante, por el alcance negativo que supone el recortar el pago único. De hecho, y valga a modo de ejemplo, en la propia exposición de motivos de la ley se menciona únicamente a las cooperativas de trabajo asociado y las sociedades anónimas laborales, obviando por completo las sociedades limitadas laborales introducidas por la Ley 4/1997, de 24 de marzo, y auténtico eje del impulso del crecimiento de la economía social desde su nacimiento. Esto que parece sólo un olvido, demuestra la falta de rigor del propio legislador<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> La cuantía de la prestación de pago único se calculará en días completos, y se le aplicará el importe relativo al interés legal del dinero.

<sup>17</sup> Para una mayor información respecto a este asunto 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, núm. 68, págs. 108-109. DE SOTO RIOJA, S.; «Medidas de fomento del empleo y de la ocupación en la Reforma de 2002», especial monográfico de *Relaciones Laborales* sobre *La reforma de la protección de desempleo en la Ley 45/2002*, núm. 4/2003, págs. 183-210.

El recorte de derechos llevado a cabo con carácter general en el ámbito del Derecho del Trabajo durante estos años cercanos al 2002 y en los que no se encuentra justificación económica, pues las cifras macroeconómicas demostraban el crecimiento de la economía, se han preservado en la mayoría de los casos hasta nuestro días. De hecho, la mejor doctrina destaca el hecho negativo de esta reforma: *«la reforma de 2002 ha supuesto un freno a la razón del pago único como medio de financiación del inicio de actividad»*<sup>18</sup>. Pero no sólo se queda esta opinión en el lado académico. El propio Tribunal Supremo, en la sentencia que nos ocupa se pronuncia al respecto y expone que la reforma operada por el Real Decreto Ley 5/2002 y la Ley 45/2002, han supuesto un freno notable a la medida de fomento del empleo en cuanto que recorta la posibilidad de inversión inicial y, además, desvirtúa el carácter de la capitalización del desempleo, siendo también contraria a las recomendaciones de la Comisión Europea<sup>19</sup>. Si bien, el mismo Tribunal muestra a continuación su disposición irrefutable a cumplir con su cometido cuando expresa que *«tales consideraciones de censura en forma alguna pueden ser tenidas en cuenta por este Tribunal, cuya misión —en la hermenéutica aplicativa del Derecho— ha de ser escrupulosamente respetuosa con el mandato legal (arts. 9 y 117 CE)»*, y en ello se centra.

A este respecto, se argumenta que tal vez la medida pueda ser comprensible *«en el caso de la incorporación de los trabajadores a sociedades*

<sup>18</sup> LÓPEZ GANDÍA, JV, *Simposio propuesta de reforma de la Ley de 1997 de Sociedades Laborales*, Sevilla 31 de enero de 2008.

<sup>19</sup> Cita textual de la STS 6903/2007, de 4 de octubre de 2007: *«Ciertamente se ha destacado en doctrina que la reforma operada por el RD-Ley 5/2002 y por la Ley 45/2002 implicó un giro —negativo— en la política favorecedora del fomento del empleo y activación de la prestación, siendo así que —se argumenta— el pago inicial único es el que verdaderamente fomenta la inversión en un proyecto empresarial, de manera que la limitación de su cuantía a la cantidad precisa para adquirir la cualidad de socio, prescindiendo del real importe que corresponda a la inversión necesaria para desarrollar la actividad (como con el RD 1044/1985), a la par que la desvirtuación de emplear la restante capitalización de las prestaciones en el abono —trimestralmente aplazado— de las cuotas a la Seguridad Social correspondientes al trabajador (pagos que en la OM 13/04/94 eran una prestación adicional añadida al pago único, como compensación al hecho de que la Entidad Gestora dejaba de abonar las cotizaciones debidas en la situación de desempleo), llevan a la paradójica consecuencia de que cuanto más importante sea la prestación capitalizada, en igual medida se incrementa el perjuicio del trabajador al percibir aquella en la modalidad de pago único, hasta el punto de que con ello se desincentiva una medida de fomento del empleo autónomo y de la participación financiera de los trabajadores en la empresa que incluso ha sido recomendada por la Comisión Europea, llegándose a afirmar que “la reforma penaliza más que fomenta la constitución de empresas de economía social o el trabajo autónomo, salvo en caso de minusválidos”»*.

ya constituidas»<sup>20</sup>, puesto que van a percibir ingresos desde el primer momento. Sin embargo, no debemos olvidar, que en los supuestos de nueva creación «de sociedades laborales o cooperativas de trabajo asociado (...), generalmente no van a tener beneficios ni incluso ingresos en los primeros meses de actividad», a lo que añadimos que con esto peligrará el pago de la suscripción a la calidad de socio en su totalidad y no se ayuda en modo alguno a paliar la necesidad de financiación de una nueva empresa, más aún cuando se trata de empresas de economía social donde el capital es de los propios trabajadores y la figura del socio capitalista (vía persona física o jurídica) es anecdótica y visible únicamente en algunos casos de sociedades anónimas laborales; que paradójicamente son, además, las menos numerosas.

Conforme al contenido de la sentencia que nos ocupa, comienza el Tribunal tratando el contenido del artículo 228.3 de la Ley General de la Seguridad Social, donde se establece lo siguiente: «Cuando así lo establezca algún programa de fomento del 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 por 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». Dice el Tribunal que se observe que esta nueva redacción introduce la expresión «total o parcial» en relación al importe de la prestación por desempleo. Pero además, señala que se «contempla ex novo que parte de la prestación sea destinada a subvencionar la cotización del trabajador». Con esto nos deja claro el Tribunal, antes de seguir profundizando en materia, cuál va a ser su fallo y cuál es la interpretación que debe hacerse de la norma, que por lo demás no da lugar a excesivas dudas al respecto.

Desde luego, dejar la concreción jurídica de un derecho a la discrecionalidad administrativa del Servicio Público de Empleo Estatal parece un exceso pues puede dar lugar a distintas soluciones ante los mismos hechos, produciendo posibles situaciones discriminatorias. Es quizás en ello en lo que debería haberse centrado el Tribunal Supremo aprovechando el estudio de este asunto.

<sup>20</sup> 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, núm. 68, págs. 108-109. DE SOTO RIOJA, S.; «Medidas de fomento del empleo y de la ocupación en la Reforma de 2002», especial monográfico de *Relaciones Laborales* sobre *La reforma de la protección de desempleo en la Ley 45/2002*, núm. 4/2003, págs. 183-210.

Nos recuerda además el Tribunal Supremo que la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, es contraria a lo que establecía el RD 1044/1985, de 19 de junio, en su artículo primero y cuarto, que por tanto este primer Real Decreto queda sin efecto, al igual que la Orden Ministerial de 13 de abril de 1994, por la que se establecían las bases reguladoras de la concesión de la subvenciones consistentes en el abono de cuotas a la Seguridad Social, siendo de aplicación exclusivamente el texto reproducido por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre.

El Tribunal estima probado que en el artículo 12.6 de la Ley de Sociedades Cooperativas de Andalucía, queda claro que la «*aportación obligatoria inicial para ser socio*» y la «*parte de la misma que debe desembolsarse en el momento de la suscripción*», no son una misa cosa y, por tanto, no son coincidentes. Por lo que, queda probado que para adquirir la condición de socio trabajador basta con abonar el 25% de la aportación obligatoria, pudiendo desembolsar el resto de la cantidad más adelante. Según el Tribunal Supremo, conforme a la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 45/2002, cuando esta habla de la «*aportación establecida en lo necesario para acceder a la condición de socio*», ha de entenderse al desembolso inicial con el que se adquieren los derechos sociales y no a la totalidad del aporte que suscriba<sup>21</sup>. A esto hacía referencia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía<sup>22</sup> que dio la razón al demandante, y que argumentaba que si el resto de la aportación «*debía desembolsarse obligatoriamente en un plazo máximo de cuatro años*», se trataba de una obligación diferida para «*adquirir la condición de socio*». Sin embargo, tras el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado y el fallo del Tribunal Supremo en la sentencia que nos ocupa, esta interpretación queda sin efecto. Y creemos que era la interpretación jurídica más ajustada a derecho, tanto por su sistematicidad, como por ser lógica y teleológica.

Por lo tanto, concluimos diciendo que, el Tribunal Supremo establece una interpretación que se apega a lo literal, por ello, se produce efectiva-

<sup>21</sup> Así lo refleja la Sentencia del Tribunal Supremo para este caso concreto: «*En el caso de autos, la aportación inicial (obligatoria para ser socio) es la cantidad fijada en los Estatutos, pero la condición de socio se ostenta desde el momento en que se suscriben la totalidad de los títulos que integran aquélla (veinte mil) y se abona el importe fijado como primer pago (cinco mil). Por ello es correcto que la EG satisfaga en pago único la cantidad —inicialmente desembolsada— de 5.000 euros y que destine la restante prestación capitalizada a atender los futuros devengos cotizatorios del trabajador; tal como inequívocamente norma la regla segunda de la DT Cuarta de la Ley 45/2002*».

<sup>22</sup> Se trata de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, cede de Málaga, Sala de lo Social, de 8 junio 2006.

mente el pago único por desempleo en caso de que corresponda tras la capitalización pertinente un montante superior al exigido para formar parte de una cooperativa de trabajo asociado o de una sociedad laboral, se limitará precisamente al desembolso imprescindible para acceder a tal condición, obviando el resto de la cuantía a pagar con posterioridad por el nuevo socio trabajador. Si tras la capitalización de la prestación queda parte de la misma que excede de este pago único, el beneficiario tiene la opción de solicitar que dicha cantidad se le abone en forma de subvención para el pago de sus cotizaciones a la Seguridad Social conforme a su nueva actividad, o bien dejarlas pendientes de reclamo ante una hipotética vuelta a la situación de desempleo.

Pero también debemos recordar que no menos importante que la decisión judicial es el inciso que el propio Tribunal Supremo lleva a cabo en la misma sentencia y donde reconoce que la actual legislación vigente que tiene como punta de lanza la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, es bastante restrictiva respecto a los derechos de su antecesora, y supone un freno más que notable al propósito del pago único como medida de fomento del empleo, siendo contraria a la finalidad de la propia norma y a lo que estima como necesario y positivo la doctrina.

No obstante ello, la interpretación literal, y terriblemente restrictiva, realizada por el Tribunal Supremo en esta sentencia que se comenta, olvida los compromisos comunitarios de desarrollo del «espíritu empresarial», a los que anteriormente nos referimos, contraídos por nuestro Estado y, por supuesto, aunque ello no sea tan relevante —puesto que los Tribunales han de aplicar las leyes y nos los programas gubernamentales— resulta contrario a los objetivos del Programa Nacional de Reformas de España de 13 de octubre de 2005, entre los que se encuentra el de «potenciar la iniciativa emprendedora de toda la sociedad».

Quizás sea este el momento en que el Parlamento deba de plantearse el modificar el art. 228.3 de la LGSS y la Disposición Transitoria 4.<sup>a</sup> de la Ley 45/2002.