

G. Desempleo

El pago único de la prestación por desempleo en el contexto de las políticas de activación

The whole amount payment of the unemployment benefit in the framework of activation policies

JAIME CABEZA PEREIRO

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE VIGO

Resumen

Los programas de activación de la prestación por desempleo no han tenido demasiado éxito en nuestro sistema de Seguridad Social. De entre ellos, el de pago único ha sido el más desarrollado. De hecho, algunas reformas recientes han ampliado sus objetivos y el colectivo de potenciales beneficiarios del mismo. Sin embargo, algunas normas que lo regulan han sido interpretadas con excesivo rigor por parte del Servicio Público de Empleo Estatal. Indudablemente, su eficacia depende de que se apliquen con suficiente flexibilidad y atendiendo a los objetivos que persiguen. Por desgracia, algunas sentencias, como la que se comenta en estas páginas, aplican con excesiva amplitud la doctrina del fraude de ley, en unos términos que no invitan a los desempleados a asumir riesgos. Aunque hay pronunciamientos judiciales que elaboran doctrinas más adecuadas y mejor orientadas.

Abstract

The unemployment benefit activation programs haven't had too much success in our Social Security system. Among them, the whole amount payment has been the most developed one. In fact, some recent reforms have widened its targets and its potential addressees collective. However, some of its regulations have been understood with excessive strictness by the Public State Unemployment Service. Without any margin of doubt, its effectiveness depends on the flexibility in the application of those regulations and on the attendance of the purposes pursued. Unfortunately some resolutions like the one commented in the following pages apply too broadly the *fraus legum* doctrine, in terms which doesn't encourage unemployed people to assume risks. Nevertheless there are some resolutions that build more accurate and better guided doctrines.

Palabras clave

Desempleo; Activación; Empleabilidad; Prestación; Flexibilidad

Keywords

Unemployment; Activation; Employability; Benefit; Flexibility

1. INTRODUCCIÓN

El programa regulado en el RD 1044/1985, de 19 junio ha sido, a lo largo de sus vicisitudes, el más importante de los que, actualmente, se regulan en el art. 228 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social. No se trata en estas páginas de relatar todos los avatares normativos por los que ha transitado, sino de poner de manifiesto, a la luz del comentario de una sentencia concreta, que las exigencias formales y los límites materiales de que ha sido rodeado, en particular a partir de la importante reforma introducida por Ley 45/2002, de 12 diciembre, han resultado bastante contraproducentes, en términos de su eficiencia. Como lo han sido ciertas actuaciones administrativas muy sensible a posibles ánimos defraudatorios de los desempleados. En respuesta a no pocos excesos aplicativos por

parte del Servicio Público de Empleo Estatal, algunas sentencias se han pronunciado en términos más finalistas y razonables. Pero otras, como sucede con la que se pasa a comentar¹, referida a unos hechos sucedidos unos días antes de la entrada en vigor del RD-ley 3/2012, aplican con sumo rigor la figura del fraude de ley, en unos términos que desde luego afectan la eficacia del programa de pago único. Las fechas no tienen sino un valor referencial, pero ponen de relieve los constantes cambios de un programa en permanente adaptación.

Los hechos aludían a una trabajadora desempleada que solicitó percibir la parte de la prestación pendiente de percibir en la modalidad de pago único para realizar la correspondiente inversión en una sociedad cooperativa. Habiéndosele concedido dicha modalidad de cobro, se le requirió para que aportase justificante del pago de la factura por el monto total de la misma, lo que efectuó, pero por una cantidad inferior, a través de un recibo expedido por una entidad mercantil de la que era administradora única una sobrina de la demandante. Lo cual produce que se abra trámite de devolución de los importes y se abran las actuaciones judiciales ulteriores.

La sentencia produce cierta confusión en torno a los hechos concretos, parte de ellos relatados en la fundamentación jurídica. En apariencia, la demandante y después recurrida en suplicación ostentaba un 48 por 100 de participación en la entidad de nueva creación, en tanto que el otro 52 por 100 era titularidad de otro socio, el cual había asimismo solicitado el pago único de la prestación. Habían ambos realizado una compra de diversa maquinaria a una empresa, que había expedido una factura por un valor de algo más de 47 mil euros. Pero sin que ninguno de los socios hubiese acreditado suficientemente el abono efectivo de dicha cantidad más allá de una justificación parcial en la que no figuraba ni el nombre ni el sello identificativo de la empresa proveedora. Por lo demás, en el local que constituía domicilio social de la entidad de economía social conformada a partir de sendas situaciones legales de desempleo también se ubicaba otra empresa de la que era administradora única la propia sobrina de la trabajadora demandante y recurrida.

Es interesante tener en cuenta que, frente a la resolución del Servicio Público de Empleo Estatal –SPEE– desestimatoria del oportuno recurso de alzada, la trabajadora obtuvo sentencia estimatoria en la instancia. Es decir, el órgano *a quo* entendió que no se había producido fraude de ley en la utilización de la cantidad capitalizada como aportación a la sociedad cooperativa. Es en el recurso de suplicación cuando el organismo autónomo consigue sentencia que confirma sus resoluciones administrativas. Dicho en otros términos, el juez que tuvo acceso a la prueba con mayor inmediación no estimó que hubiese concurrido una situación de fraude de ley, sino que ésta fue apreciada con el solo soporte de la prueba documental, por parte de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia competente.

Por lo demás, y con cita y reproducción literal de precedentes judiciales del propio Tribunal, la sentencia realiza un excurso totalmente superfluo a los efectos del caso por su doctrina acerca de este programa de activación de la prestación por desempleo. Doctrina que es algo más adecuada y acertada que un pronunciamiento sobre el que más adelante va a formularse la oportuna crítica.

¹ Se trata de una STSJ DE Castilla y León/Burgos de 13 febrero 2014 (sentencia nº 70/2014).

2. UN APUNTE DE DINÁMICA NORMATIVA, CON COMENTARIO VALORATIVO

En los últimos años el programa de pago único se ha modificado en repetidas ocasiones a golpe de ensayo y error. No es éste el lugar para abordar una tarea exhaustiva de cambios normativos, que sería algo ociosa. Baste decir que ha habido una doble tendencia, la primera de ellas de mayor exigencia reglamentista y mayores formalismos, que merecería ser objeto de una severa crítica² y otra, de ampliación del programa, ya orientándola con más flexibilidad a colectivos específicos –fundamentalmente, desempleados con discapacidades o jóvenes–, ya destinándola a objetos más amplios, en el ámbito del trabajo autónomo o incluso de las sociedades de capital. La Ley 45/2012, de 12 diciembre, introdujo una disposición transitoria cuarta, a la que se daba materialmente rango reglamentario al prever, sin ningún límite material ni temporal, que el Gobierno pudiese modificarla. Así se sucedieron reformas de la misma, que se introdujeron, sin ningún criterio aparente, mediante Real Decreto o mediante norma legal.

Sin retrotraerse más en el tiempo, debe destacarse que la reforma de 2012 modificó en su disposición final decimotercera la regla 3ª del apartado 1, con dos objetivos: de una parte, incrementar el porcentaje del importe de la prestación pendiente de recibir que puede percibirse destinándola a la inversión necesaria para el desarrollo de la actividad –del 40 al 60 por 100–. De otra, admitir que se destine a la referida inversión la totalidad de dicho importe en el caso de trabajadores de menos de treinta años de edad o trabajadoras de menos de treinta y cinco años. Es decir, se trataba de flexibilizar ciertos límites para el supuesto de emprendimiento de una actividad autónoma, en coherencia con todo un haz de normativa de fomento del autoempleo, pero ya con una clara orientación hacia los desempleados jóvenes, como franja de edad especialmente castigada por el problema del desempleo.

Posteriormente, la Ley 11/2013, de 26 julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo –precedida del homónimo RD-ley 4/2013, de 22 febrero– introdujo en su art. 4 una modificación más de importancia en la disposición transitoria cuarta de la Ley 45/2002, con otro doble objeto: en primer lugar, permitir que las personas desempleadas perceptoras de la prestación menores de treinta años dediquen hasta el 100 por 100 de su prestación a realizar una aportación social a una sociedad mercantil –ya no necesariamente de economía social– de nueva constitución o constituida en un plazo no mayor a doce meses antes de la aportación, con la condición de que desarrollen en ella una actividad profesional por cuenta propia o por cuenta ajena –ésta de carácter indefinido, y con la condición de que se mantenga durante al menos 18 meses– en la misma, con independencia del régimen de Seguridad Social en el que se integren. En segundo, prever que ese mismo colectivo de desempleados jóvenes pueda dedicar la capitalización a los gastos de constitución y puesta en funcionamiento de una entidad –cualquiera que ésta sea–, así como pago de tasas y precios de servicios de asesoramiento, formación e información relativos a la actividad que se vaya a emprender. Debe destacarse

² Una descripción bastante completa y adecuada en su momento en Álvarez Cortés, J.C. y Plaza Angulo, J.J., “Subrogación empresarial de un trabajador autónomo y prestación por desempleo en pago único”, *Temas Laborales*, nº 104, 2010, pp. 287 ss.

que en este segundo caso no se exige que el desempleado desarrolle una actividad profesional en el seno de la entidad de nueva creación.

En esta reforma de 2013 se han removido ciertas barreras que hasta entonces habían constituido líneas infranqueables desde la aparición del programa en 2013: primero, se ha permitido que el pago único se afecte a la constitución de sociedades de capital, sin que se necesariamente haya de destinarse a entidades de economía social o al desarrollo de una actividad profesional autónoma. Y segundo, se ha admitido incluso que el beneficiario de la prestación no se dedique profesionalmente a la entidad de nueva creación, cualquiera que ésta sea. Desde otro punto de vista, se ha abundado en la orientación de destinar este programa a los desempleados menores de treinta años.

Este pequeño conjunto de cambios merece una valoración matizada. En primer lugar, no cabe duda de que implican cierto grado de enmienda al planteamiento que se había hecho en el año 2002, en el que se habían establecido rigurosos límites porcentuales y finalísticos al programa. Asimismo, debe reconocerse que se ha flexibilizado en gran medida un perfil del programa tradicionalmente puesto en entredicho, como es el desarrollo de una actividad autónoma. En la misma línea, se ha abierto el campo de aplicación del pago único a objetivos inéditos, como el desarrollo de una actividad profesional en una sociedad de capital o la constitución de una entidad empresarial. Pero se ha establecido una limitación de edad que resulta cuestionable. Lo es, sin duda alguna, que se diferencie a unos efectos sí y a otros no la edad de la persona desempleada en función de su sexo, cuando claramente el diferencial de desempleo y de tasa de ocupación masculina y femenina repunta con el tímido comienzo de la recuperación de las tasas de empleo. Es decir, procedería insistir siempre en medidas de acción positiva en favor del sexo menos representado en el mercado de trabajo. Más discutible aún resulta la introducción de medidas específicas destinadas a la franja de edad de desempleados jóvenes, desde luego condicionada por la situación calamitosa de empleo de los mismos y por la puesta en marcha del programa de garantía juvenil. Con todo, es criticable que tales argumentos produzcan, en la práctica, una discriminación negativa de los desempleados mayores, que no pueden acceder a ciertos contenidos del programa por razones no del todo justificadas. En definitiva, el programa tiene que ser eficaz, sin que se adivine por qué ciertos aspectos del mismo van a ser ineficaces cuando se trate de personas que hayan alcanzado los treinta o los treinta y cinco años. No parece la fórmula más razonable de promover el empleo juvenil la de poner trabas a los desempleados que no deban considerarse jóvenes.

Pero, más allá de estas consideraciones, claramente el programa de pago único, como los demás esbozados en el art. 228 de la Ley General de Seguridad Social y alguno más no incluido en el mismo, se enmarcan en el contexto de las técnicas de activación de la protección por desempleo, con engarce directo en la Estrategia Europea para el Empleo y, más en particular en los paradigmas que preconiza la OCDE³. Lo cual conduce a la cuestión de la eficacia que están prestando al retorno al mercado de trabajo de las personas que se quedan sin empleo y a las disfunciones que existen para que no cumplan esta finalidad, o no

³ Sobre ellos, CABEZA PEREIRO, J., "La adecuación de la prestación por desempleo", *Revista española de Desarrollo y Cooperación*, nº 34, 2014, págs. 61 ss.

la cumplan en la medida en la que sería deseable⁴. Ésa es la pregunta clave, que, en términos de política normativa, debía traducirse en buscar una protección por desempleo más *employment friendly* sin que esta orientación deba significar un deterioro de la calidad de la protección, ni de su esencia básica de prestación del sistema de Seguridad Social.

En este contexto, es claro que el Título III de la LGSS necesitaría una profunda revisión, para intentar identificar las trampas que contiene y que producen que al beneficiario de la protección le resulte contraproducente aceptar un empleo o buscarlo activamente, o decantarse por el autoempleo. Y, con el mismo objetivo de activación, habría que mejorar los programas para hacerlos más eficaces. No es sostenible actualmente que la protección por desempleo genere paro, como defendían los economistas liberales clásicos y han vuelto a defender a partir de las elaboraciones teóricas de M. FRIEDMAN⁵. Más bien habría que preguntarse por la estructura de la prestación y sobre sus equilibrios en relación con las políticas activas de empleo, con la consideración adicional de que, en el análisis de su eficiencia, hay que tener sobre todo en cuenta su calidad protectora y su equidad en términos de justicia social. Pero ello no es óbice para reconocer no pocos desajustes y contradicciones en nuestro sistema de protección por paro, que requeriría una transformación intensa, no un continuo parcheo por entregas, que es la realidad a la que nos somete el legislador, casi siempre por la vía de urgencia.

Este es el prisma adecuado que habría que tener en cuenta, también en el análisis del programa del pago único y, por supuesto, en el enjuiciamiento de los casos en los que se plantea la posible concurrencia del fraude de ley. Una perspectiva que debería tener muy en cuenta el Servicio Público de Empleo Estatal y también los órganos de la jurisdicción social. No se trata, desde luego, de mostrar condescendencia con las prácticas fraudulentas, pero sí de adoptar un punto de vista analítico que no produzca mayores miedos y reparos entre los potenciales usuarios del programa ni los disuada de acogerse a fin de no asumir riesgos excesivos.

Y, en relación con la antedicha tendencia de flexibilizar el pago único para el desarrollo de una actividad profesional, sería necesario un análisis sosegado sobre la conveniencia de promocionar el autoempleo. No cabe duda de que ha sido una de las líneas políticas más claramente identificadas del Gobierno a la sazón ejerciente. Pero habría que expresar grandes dudas sobre su oportunidad, en el contexto de su eficacia y de su eficiencia reales. La expectativa de una sociedad de profesionales por cuenta propia no parece la más razonable en términos de futuro a medio plazo, en un mercado de trabajo con ciertas patologías fáciles de identificar, la primera de las cuales es, evidentemente, la falta de empresas de cierta dimensión. Es verdad que la propia esencia de la capitalización se orienta, más bien, hacia entidades de muy reducida dimensión, pero de entre ellas parece más oportuno decantarse por las que revistan la forma societaria, ya sea dentro o fuera del contexto de la economía social. Máxime, cuando se trata de perceptores de prestaciones por

⁴ Una reflexión más amplia al respecto en CABEZA PEREIRO, J. y BALLESTER PASTOR, M^a.A., *La Estrategia Europea para el Empleo 2020 y sus repercusiones en el ámbito jurídico laboral español*, Madrid, MTIN, 2010, págs. 141 ss.

⁵ CABEZA PEREIRO, J., "La adecuación...", *passim*.

desempleo, esto es, personas con dificultades evidentes para construir robustas carreras profesionales y con una posición débil ante el mercado de trabajo.

3. EL OBITER DICTA DE LA SENTENCIA: SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMATIVA DEL PAGO ÚNICO

Probablemente como contrapeso al fallo desfavorable que va a emitir, la Sala recurre a un pronunciamiento anterior, que reproduce en su literalidad con una extensión injustificada a los efectos del fallo, pero que contiene unos criterios interpretativos razonables sobre los cuales nada hay que comentar, más que parafrasearlos y mostrar la total conformidad con ellos.

El primero de ellos hace referencia a la literalidad del RD 1044/1985, de la cual podría deducirse que la constitución de la empresa de economía social, así como el alta de los trabajadores en la Seguridad Social debieran ser ambas posteriores a la solicitud del pago único. Ahora bien, una interpretación razonable de la norma en la clave de las finalidades que persigue necesariamente conduce a una hermenéutica distinta. Como ya se ha expresado, pretende ser un estímulo para que los trabajadores desempleados, en lugar de permanecer inactivos a la espera de una oferta de colocación adecuada, con la pérdida consiguiente de sus capacidades profesionales, opten por crear cooperativas de producción o sociedades laborales, o incluso por potenciar las ya existentes.

A fin de cuentas, la opción por integrar estas entidades constituye una decisión que implica un importante grado de riesgo personal, máxime si se tiene en cuenta que las personas desempleadas no suelen tener una formación específica relativa a la constitución y gestión de empresas. El eventual fracaso de la actividad les arrostraría un fuerte coste personal e incluso patrimonial, en términos de un intenso desamparo económico. Es decir, unas cautelas excesivamente reglamentistas y condicionantes de la propia viabilidad de la actividad emprendida con el pago único supondría a la postre una cortapisa exagerada y un argumento muy fuerte para que las personas en situación de desempleo optasen por no asumir costes y riesgos innecesarios y por unas posturas mucho más conservadoras de sus derechos pasivos.

Por otra parte, hay un argumento decisivo que no debe ocultarse. Se trata de que las exigencias se proyectan sobre desempleados que tienen derecho a la prestación y que solicitan, adicionalmente, la capitalización de la misma. Es decir, no se cuestiona si corresponde o no el derecho, sino simplemente su modalidad de abono. Ésta podría no corresponder en la modalidad pretendida por el solicitante, pero no deja de ser una cuestión accesoria a la propia entidad del derecho a la cobertura económica del paro forzoso en sí misma considerada. Se trata de un argumento muy interesante, que bien podía haber tenido en cuenta la sentencia a la hora de valorar la concurrencia del fraude de ley. Cosa, que sorpresivamente no hace, o no al menos en grado suficiente.

Todas estas consideraciones imponen una aplicación de las normas sobre el pago único que trasciendan su puro tenor literal, pues tal tenor constituiría un en exceso estrecho punto de vista. A fin de cuentas, la prestación no es indebida por haber sido obtenida en fraude de ley o mediante abuso de derecho, ni se han dejado de reunir los requisitos para obtenerla.

A este respecto habría que interpolar la paráfrasis y formular un doble comentario crítico, por más que no rompa el hilo argumentativo: de una parte, cabe insistir, esta misma sensibilidad habría de proyectarse en torno a la apreciación del fraude de ley en la propia tramitación del pago único. Parece poco plausible extremar el rigor cuando se trata de valorar ésta si se admite que no ha habido fraude en el acceso a la prestación. Es cierto que ambas cuestiones son hasta cierto punto autónomas, pero no en grado suficiente. El fraude, en realidad, afecta a la modalidad de cobro y a ciertos aspectos de compatibilidad a los que se pasa a hacer referencia. En efecto –y ésta es la segunda parte del comentario–, una vez que entren en juego las reglas sobre compatibilidad e incompatibilidad de la prestación, es verdad que ésta no puede simultanearse con el desarrollo de una actividad por cuenta propia o ajena. Dicho en otras palabras, una vez iniciada la referida actividad, dejan de reunirse los requisitos de mantenimiento del derecho a la cobertura del desempleo, tal y como están configurados en el Tít. III de la LGSS y normativa de desarrollo. Por consiguiente, es cierto que el comportamiento fraudulento del solicitante de la capitalización tiene una entidad relevante en cuanto a la percepción de cantidades de Seguridad Social. Tal es, en realidad, la esencia del problema.

Con todo, precisamente ahí radica el reto de la activación de las personas desempleadas. Si la actividad de comprobación y gestión de este programa se vuelve excesivamente puntillosa, es obvio que el programa decae en su efectividad, las posibilidades de activación de las personas desempleadas se aminoran y, en definitiva, la prestación se vuelve menos *employment-friendly*.

El segundo criterio al que apela el Tribunal tiene que ver con una interpretación sistemática del RD 1044/1985. Expone que no considera causa de devolución de la prestación la circunstancia de que el alta en la Seguridad Social sea anterior a la solicitud de la prestación, como tampoco la ordena en el caso de que el inicio de la actividad se demore más allá del plazo que establece el art. 4.1. La única causa que establece expresamente para que proceda dicha devolución consiste en que se haya acreditado la utilización desviada de la cantidad percibida en pago único o, más en general, “*la no afectación de la cantidad percibida a la realización de la actividad para la que se haya concedido*”, como expresa el art. 7.1 de la norma. Lo cual es lógico, porque o bien se prueba que las cantidades han sido mal empleadas, para otras finalidades distintas, lo que es prueba evidente del fraude de ley, o simplemente no se han destinado a la actividad profesional que se ha iniciado o a la entidad que cobija esta actividad. En todo caso, se habrían percibido unas cantidades que coincidirían teóricamente en su devengo con un período de trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena, lo cual no es posible en la estructura normativa de la prestación por desempleo, a salvo de unos casos excepcionales y expresamente previstos.

Así estructurado el Real Decreto, la doctrina repasada en esta sentencia extrae dos conclusiones: la primera, que la norma se ha cuidado de no establecer sanciones demasiado gravosas para las irregularidades distintas de la no afectación de las cantidades a la actividad para la que se hubieran solicitado. Incluso en el caso del retraso en la inversión se ha cuidado de no imponer la devolución de cantidades, de tal modo que el no haberse realizado en el plazo previsto no puede actuar sino como presunción *iuris tantum* en contra del trabajador, pero nunca como situación determinante de que procede aquélla. La segunda que el art. 7 del Real Decreto, como norma sancionadora que es, debe ser objeto de una interpretación restrictiva, que no puede extenderse a supuestos distintos de los contenidos en ella. Por lo

tanto, circunstancias tales como que la entidad de economía social estuviese constituida antes de la situación legal de desempleo no tienen relevancia a los efectos de considerarse indebida la percepción de la prestación. Si lo sería, evidentemente y en virtud de las reglas de incompatibilidad de ésta con el trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena, que la actividad profesional o el alta en la Seguridad Social derivadas de la misma se hubiesen producido con carácter previo a dicha situación legal de desempleo. Es decir, cualquier actividad iniciada posteriormente a que se devengara la prestación desempleo quedaría albergada por el programa del pago único.

Otra vez hay que apelar a la inconsistencia de la sentencia, al reproducir este criterio y luego interpretar en términos estrictos y agigantados el fraude de ley en un caso en el que se había acreditado de forma totalmente verosímil no solo que la empresa cooperativa se había constituido, sino que la cantidad capitalizada para la inversión en la misma había sido efectivamente desembolsada, por más que la documentación de este desembolso hubiera sido defectuosa y se hubiese producido con la mediación de una persona relacionada familiarmente con la actora. Es decir, a través del recurso al fraude de ley el Tribunal amplifica excesivamente el ámbito de aplicación de una norma sancionadora prevista para otros fines.

El tercer criterio constituye, en realidad, un desarrollo de los dos anteriores. Contempla y admite la posibilidad de que ciertas actividades preparatorias se produzcan incluso con anterioridad a que se perfeccione la situación legal de desempleo. Actividades tales como la constitución y registro de la cooperativa o de la sociedad laboral pueden coincidir con el despido o con la tramitación de un expediente de despido colectivo. Es razonable e incluso recomendable en no pocas ocasiones que suceda esta secuencia temporal, vista la situación por la que atraviesan las perspectivas de empleo en una empresa. No debe exigirse a unos trabajadores diligentes que, ante el curso de los acontecimientos, permanezcan pasivos a la espera de que suceda un acontecimiento muy previsible o seguro e inminente en la práctica, como puede ser un despido, para con posterioridad al mismo iniciar los trámites constitutivos de la entidad. En particular, en situaciones en las que la crisis de la empresa que da empleo a los trabajadores afectados se resuelve mediante la constitución de una entidad de economía social que mantiene en todo o en parte el empleo existente, esta sucesión de empresa requiere una serie de actos preparatorios cuyo comienzo no parece razonable retrasar hasta después de producidos los despidos con el argumento de que, en otro caso, no sería posible percibir el desempleo en pago único. Retrasar tales gestiones puede producir no pocas consecuencias negativas, entre las cuales una no menor sería la de dificultar la adhesión al proyecto de trabajadores que han sido despedidos antes de que se concrete la constitución de la nueva empresa que ha de procurarles ocupación.

En síntesis, la interpretación que esta línea de doctrina realiza de las exigencias y límites del art. 228 LGSS, de la disposición transitoria cuarta de la Ley 45/2002 y del RD 1044/1985 es la más favorable para facilitar la viabilidad del pago único y para remover las dificultades que puedan disuadir a las personas desempleadas de acogerse a este programa. Se trata de evitar una aplicación especialmente rigurosa que induzca a no asumir riesgos y permanecer percibiendo periódicamente la prestación por desempleo.

4. EL FRAUDE DE LEY

La misma doctrina enuncia una serie de circunstancias que pueden constituir indicios de fraude de ley, centrados básicamente en que la inversión proyectada o realizada resulten manifiestamente insuficientes o en que el anterior empresario sea, a la postre, el beneficiario del pago único a través de procedimientos directos o indirectos. Ahora bien, en un contexto en el que se reafirma la doctrina general de que el fraude no se presume, sino que debe probarse, a cuyo fin la prueba de indicios constituye el mecanismo probatorio preeminente.

Argumentando en torno a esta cuestión, la sentencia da repaso a una frondosa doctrina judicial que insiste en dos aspectos fundamentales: de una parte, que la carga de la prueba le incumbe al organismo gestor de la prestación por desempleo, de tal manera que al beneficiario del pago único no le corresponde probar que ha actuado correctamente. De otra, que son los órganos de instancia o suplicación los que con más criterio pueden valorar los hechos para concluir que se ha producido un comportamiento fraudulento, sin que le pueda caber un papel relevante al órgano de casación. Habría que matizar que, a este respecto, el principio de inmediación en la valoración de la prueba resulta crucial, de tal forma que serán más bien los Juzgados de lo Social y no tanto las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia los que con mejor criterio valorarán la existencia de conductas fraudulentas.

Ahora bien, a partir de estos criterios generales, en línea de principio restrictivos de que pueda apreciarse una conducta fraudulenta, la sentencia da un giro argumentativo y recuerda que la prueba puede realizarse a través de mecanismos directos o indirectos. Y sobre estos últimos, la de presunciones desempeña un papel protagonista. Nuevamente con cita de profusa jurisprudencia, recuerda la distinción entre una teoría subjetiva –centrada en la intención defraudatoria del agente– y una teoría objetiva –basada en la consecución de un objetivo prohibido o contrario al ordenamiento jurídico– y admite que ha habido oscilaciones y corrientes judiciales confrontadas a este respecto. Ahora bien, constata que se ha impuesto mayoritariamente una aproximación de corte más subjetivo en la que el elemento fundamental consiste en la intención maliciosa de quien pretende violar una norma, a cuyo efecto genera una apariencia de realidad con la intención torticera de conseguir un resultado o un beneficio que no correspondería si se impusiese la realidad material de las cosas. Hay, pues, un ánimo elusivo del ordenamiento jurídico considerado como un sistema. Se trata, por lo tanto, de algo más que la mera infracción o incumplimiento de una norma.

A partir de estos mimbres, la sentencia aborda, ahora de forma muy sucinta, la situación concreta planteada en la resultancia fáctica y resuelve que ha existido fraude de ley. Es muy paradójico que esta concreción de la doctrina largamente expuesta se resuelva en apenas tres párrafos, que además contienen unos datos que no parecen los más concluyentes. Que exista una relación familiar entre la solicitante y la administradora única de la empresa suministradora o que dicha persona sea administradora a la vez de una sociedad que comparte domicilio social con la nueva empresa cooperativa no parecen argumentos tan decisivos. Que un desempleado se apoye en sus personas más próximas para sus proyectos empresariales, o incluso que prefiera realizar sus inversiones con empresas proveedoras en las que algún familiar preste servicios u ostente una posición relevante con la intención de beneficiarlo no es, en sí misma, una actitud defraudatoria. Es difícil entender en el supuesto de hecho planteado cómo se construye el fraude de ley: cuál es la norma defraudada y cuál es

el amparo normativo que se ha buscado. No parece que la demandante haya pretendido utilizar la cantidad percibida en pago único para una finalidad distinta de la de realizar una inversión necesaria para el funcionamiento de la empresa cooperativa. No se aprecia un negocio simulado, tan solo una deficiente justificación de la inversión que había efectuado.

En realidad, la práctica totalidad de la doctrina citada por la sentencia referida a desempleo no hacía alusión a supuestos en los que se discutiera acerca del fraude de ley en relación con el pago único. También a este respecto se observa cierta incoherencia argumentativa, puesto que, después de expresar que, a fin de cuentas, en este tipo de asuntos no se discute la procedencia o no de la prestación en sí misma considerada, sino solo la pertinencia de una modalidad de pago, la Sala apela a sentencias que valoraban el fraude de ley en el acceso o en el mantenimiento de la prestación por desempleo. Es decir, a asuntos en los que el fraude de ley era un asunto que debía aquilatarse con mayor cuidado y rigor. Por eso, acudir a esta casuística puede considerarse desproporcionado y no del todo adecuado en este supuesto.

De nuevo asoma en esta sentencia una tendencia bien conocida a considerar a una persona desempleada, por el hecho de serlo y de percibir prestaciones, un presunto defraudador, o al menos una persona sospechosa. Ni siquiera el hecho de que, en este caso, se tratase de la correcta utilización de las cantidades percibidas mediante el programa de pago único produce un cambio de perspectiva. La Sala de suplicación construye con muy pocos mimbres una presunción de fraude de ley que no parece suficientemente sólida, máxime en unas circunstancias en las que el órgano *a quo* había considerado que no procedía la devolución de cantidad alguna.

5. PARA CONCLUIR

Habría que considerar críticamente la normativa sobre desempleo y su aplicación por los órganos competentes desde muchas perspectivas, pero la activación es sin duda una de las más importantes. No se trata de negar que la prestación de desempleo haya sido, junto con la incapacidad temporal, la más vulnerable a las tentativas de fraude. Por consiguiente, el control de su percepción constituye una actividad necesaria del Servicio Público de Empleo Estatal y también de los órganos de la Jurisdicción Social. Asimismo necesaria cuando se trata de los programas de empleo, en cuyo ámbito se pueden producir malversaciones de las cantidades recibidas o incluso percepciones indebidas constituyéndose artificialmente situaciones legales de desempleo.

Pero, sin duda, y como ha apuntado una doctrina judicial que ha sido comentada en estas páginas, una interpretación excesivamente rigurosa de las normas legales y reglamentarias que los desarrollan puede menoscabar su finalidad y hacerlas totalmente ineficientes. En nuestra experiencia, solo el del pago único ha tenido cierto recorrido, sin que pueda afirmarse que haya alcanzado unos niveles de utilización altos. Los demás programas regulados en el art. 228 han pasado prácticamente desapercibidos y alguno que ha sido regulado más recientemente –vg., el de mantenimiento de la prestación por desempleo de los trabajadores contratados por la modalidad de apoyo a emprendedores– está por valorarse en su eficacia real.

Sin duda, el escaso impacto de los programas de empleo redundan negativamente en la situación del mercado de trabajo. Se trata de una pieza más de un entramado de problemas, pero que no debe ser descuidada. Está pendiente, como ha quedado expresado, un análisis en profundidad sobre las ineficiencias de las normas de protección por desempleo desde el punto de vista de que, sin perder su carácter protector, no disuadan al perceptor de prestaciones de aceptar empleos adecuados que no redunden en perjuicio de su profesionalidad o de emprender una actividad profesional por cuenta propia. Y, por supuesto, una reforma en consecuencia, que haga mayor hincapié en los elementos de empleabilidad y activación. Lo cual no implica una cobertura de peor calidad, de menor duración o cuantitativamente más reducida, pero sí una perspectiva distinta en la que el SPEE, además de una prestación económica, otorgue en realidad y materialmente una protección en especie que permita una adecuada transición entre empleo y empleo, sin menoscabo en la carrera profesional de las personas afectadas.

Algunos de los párrafos de la sentencia que se ha comentado –aquellos que reproducen pronunciamientos anteriores– expresan una adecuada sensibilidad hacia estos problemas. Pero otros, en particular los que argumentan acerca del fraude de ley, adoptan una postura que debe considerarse inadecuada, porque magnifican una serie de circunstancias que, probablemente, no deberían tener consecuencias tan graves como la que supone la devolución de cantidades. Quizá en los documentos a los que accedió la Sala hubiese algún elemento que invitase a presumir más claramente el fraude, pero, si así fuera, no trascendieron en la sentencia. Produciéndose una fuerte apariencia de pronunciamiento injusto y regresivo, que son los calificativos con los que cabe poner punto y final a este comentario.

