

## PRINCIPAIS LIÑAS DE REFORMA DA PROTECCIÓN POR DESEMPREGO

Jaime Cabeza Pereiro

Catedrático de dereito do traballo e da Seguridade social  
Universidade de Vigo

A reforma do desemprego do ano 2002, realizada –por agora– en dúas fases, produciuse no contexto, xa case habitual cando se trata da aprobación de normas laborais e de Seguridade social, dunha norma de urxencia seguida da tramitación como proxecto de lei polo procedemento previsto no art. 86.3 da Constitución. Por máis que poida resultar divertida, vou obvia-la descrición de todo o decurso político e procedementa, desde que o anterior ministro de Traballo e Asuntos Sociais desvelou os seus obxectivos alá polo mes de abril de 2002, ata que entrou en vigor a Lei 45/2002, do 12 de decembro. Os episodios da convocatoria de folga xeral, contestada pola publicación no BOE do RD-lei 5/2002, do 24 de maio, o posterior acordo do novo ministro cos líderes das centrais sindicais máis representativas a nivel estatal e o conseqüente desplante á patronal máis representativa, e tódalas peripecias parlamentarias en temas tan polémicos como a protección dos traballadores fixos-periódicos ou a cobertura dos eventuais do campo andaluces e estremeños, son todos eles moi coñecidos. Pero creo que o obxectivo da miña exposición debe ser outro, como é intentar disertar sobre os contidos da reforma.

Primeiramente, debe terse en conta que foi a de máis fondo calado despois da producida dez anos atrás coa Lei 22/1992, do 30 de xullo, de medidas urxentes sobre fomento do emprego e protección por desem-

prego, por certo tamén produto da tramitación parlamentaria de outro «decretazo», o RD-lei 1/1992, do 3 de abril<sup>1</sup>. En segundo lugar, que isto non obstante, desde entón producíronse moi numerosas modificacións no Tít. III do ET e normativa concordante, como resultado na maioría das ocasións de cambios introducidos nas leis de acompañamento á de presupostos do Estado, desde que se dictou a primeira de decembro de 2003. Practicamente a totalidade nun sentido restrictivo ou de recorte da prestación. É dicir, seguiu-se unha política lexislativa de «pequenos pasos», ademais medio ocultos na tupida normativa das sucesivas leis de medidas fiscais, administrativas e da orde social. Non son excepción os cambios que se derivaron da necesidade de darlles resposta a certas doutrinas do TS dictadas en unificación de doutrina que foron consideradas «indesexables» por demasiado expansivas por parte dos técnicos do Ministerio de Traballo.

## 1. A reforma «por goteo»

A sucesión das reformas pon de manifesto esta política deliberadamente restrictiva. A secuencia pode describirse como segue:

■ A Lei 22/1993, do 30 de decembro, de medidas fiscais, administrativas e da orde social –por certo, esta aínda modificou a Lei 31/1984, do 2 de agosto, de protección por desemprego, antes de ser refundida no texto da Lei xeral de Seguridade social aprobado por RD-lexislativo 1/1994, do 20 de xuño–. Con ela eliminouse a posibilidade de exoneración da cota patronal nos casos de suspensión do contrato por forza maior. Ademais, ó traballador imputouse o abono da cota obreira cando é beneficiario da prestación por desemprego, que se lle desconta da prestación, aínda que cunha redución do trinta e cinco por cento, que se eleva ó 72 por 100 no caso dos traballadores –fixos– do réxime especial agrario da Seguridade social. Por outra parte, dificultouse o acceso ó desemprego por denuncia da empresa do período de proba, co obxectivo de evitar fraudes na configuración da situación legal de desemprego. En síntese, tratábase de evitar –só co relativo éxito– que un traballador, acaso despois dunha relación laboral dilatada extinguida pola súa vontade, en convivencia co empresario, accedera á prestación por esta vía indirecta. Outra reforma de recorte referiuse á contía mínima da prestación contributiva de desemprego no caso de desemprego total por perda dun traballo a xornada completa. Para o caso do desempregado sen fillos a cargo, situouse no 75 por 100 do salario mínimo interprofesional, incluída a correspondente prorrata de pagas extraordinarias. Máis técnica que restric-

<sup>1</sup> Sobre estas reformas, pode consultarse GONZÁLEZ ORTEGA, S., *La protección por desempleo*, RL, 1993-II, pp. 324 ss.

tiva, e sumamente útil nalgunhas ocasións foi a introducción dunha nova causa de extinción da prestación ou do subsidio, en concreto a renuncia voluntaria ó dereito.

De maior calado foi a reforma para o acceso ó subsidio asistencial de desemprego. Considerouse causa enervante non só o rexeitamento dunha oferta de emprego adecuada, senón tamén a negativa a participar, salvo causa xustificada, en accións de promoción, formación ou reconversión profesionais. Ademais, o límite de rendas protexible pasou do salario mínimo interprofesional, con inclusión da parte proporcional de pagas extraordinarias, ó 75 por 100, con exclusión das ditas pagas. E, sobre todo, modificouse o concepto de responsabilidades familiares, nunha liña máis casuística, pero que contiña un requisito adicional de rendas ata entón inexistente, de acordo co cal a renda do conxunto da unidade familiar incluída a do solicitante, dividida polo seu número de membros, non debía supera-lo 75 por 100 do SMI, excluída a parte proporcional de dúas pagas extraordinarias. Requisito este que, como confirmou máis tarde TS, se aplicaría acumulada e non alternativamente á carencia individual de rendas por parte do solicitante. Polo que respecta á contía do subsidio asistencial, na Lei 22/1993 eliminouse a prorrata de pagas extraordinarias ó 75 por 100 do SMI, á vez que se aclaraba a regra da proporcionalidade no caso da perda dun traballo a tempo parcial.

En canto ó réxime de incompatibilidades, precisouse que o traballo por conta propia é incompatible «aínda que a súa realización non implique a inclusión obrigatoria nalgún dos réximes da Seguridade social». E, por último, incrementáronse as obrigas dos beneficiarios: 1) renova-la demanda de emprego na forma e datas que se determinen pola entidade xestora no documento de renovación da demanda, 2) solicita-la baixa nas prestacións por desemprego cando se produzan situacións de suspensión ou extinción do dereito ou se deixen de reuni-los requisitos esixidos para a súa percepción –e non soamente, como antes se dicía «antes das reincorporacións ó traballo», e 3) devolver ó INEM, no prazo de cinco días, o correspondente xustificante de ter comparecido no lugar e data indicados para cubri-las ofertas de emprego que se faciliten polo dito instituto»<sup>2</sup>.

■ A seguinte lei de acompañamento non introduciu novidades na redacción do xa entón Título III da LXSS. Houbo que esperar ata a Lei 13/1996 –despois de que no ano 1995 a conxuntura política evitara unha nova lei omnibus–, a cal introduciu novos e moi considerables recortes. Funda-

<sup>2</sup> Ademais, esta lei incluíu unha norma, de carácter transitorio, de acceso á prestación contributiva, para os estibadores portuarios que prestasen servizos en portos de interese xeral nos que non se tivese constituído a correspondente sociedade estatal de estiba e desestiba ou nos postos non clasificados de interese xeral nos que non se tivese constituído a homóloga empresa pública.



mentalmente, os que seguen<sup>3</sup>: 1) introdúcese unha alínea terceira no art. 215, en relación cos requisitos de carencia de rendas e responsabilidades familiares para o aproveitamento do subsidio asistencial, no sentido de esixir, de acordo coa xurisprudencia xa adiantada polo TS, que deben concorrer tanto no acceso á protección asistencial coma durante a súa pervivencia. 2) introdúcese igualmente un parágrafo segundo na alínea segunda no art. 219, estreitamente relacionado co anterior, de acordo co cal o subsidio se extingue por superación do límite de rendas protexible ou pola variación das circunstancias familiares que, no seu caso, tiveran producido o acceso á protección. Ademais, o dereito do beneficiario ó recoñecemento dun futuro subsidio condiciónase, en todo caso, ó cumprimento de tódolos requisitos do art. 215. Xa se verá que unha das grandes novidades da Lei 45/2002 foi a matización desta norma, que se revelou, o cal xa era esperable, como profundamente dura e inxustificada en moitas ocasións. 3) Como consecuencia da ruptura do monopolio do INEM na colocación de traballadores, inclúense referencias ás axencias privadas de colocación que incrementan a especial situación de suxeición dos beneficiarios de prestacións e subsidios por desemprego. Entre outras, incorpóranse as esixencias de atender os programas de emprego e as accións de promoción, formación ou reconversión profesionais que determinen as entidades asociadas dos servizos integrados para o emprego, a de aceptala oferta de colocación adecuada que sexa ofrecida por unha axencia de colocación sen fins lucrativos, a de comparecer, cando sexa requirido, ante a axencia de colocación ou a entidade asociada, e devolverlle á axencia de colocación o correspondente xustificante de ter comparecido no lugar e data indicados para cubri-las ofertas de emprego recibidas. Correlativamente, a lei modificou os arts. 30 e 31 da LISOS de 1988 para introducir tipos administrativos relacionados con estas novas obrigas destinadas a axencias privadas de colocación e entidades asociadas dos servizos integrados para o emprego. E 4) auméntase a énfase da esixencia do art. 231 e) de que o desempregado solicite a baixa nas prestacións por desemprego cando se produzan situacións de suspensión ou extinción, ó introduci-la máis perentoria expresión «no momento da produción das ditas situacións» fronte á anterior e máis laxa «cando se produza»<sup>4</sup>.

■ Tamén a Lei 66/1997, do 30 de decembro, rabuñou a cada vez máis reducida cobertura do paro forzoso, cunha dureza cualitativamente su-

---

<sup>3</sup> Comentadas por PIÑEYRO DA FUENTE, A. J., *Novedades en materia de Seguridad Social que incorpora la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y do orden social*, RL, 1997-I, pp. 1112-3.

<sup>4</sup> Así mesmo, a Lei 13/1996, do 30 de decembro, introduciu outras modificacións, pero non xa para recorta-la cobertura, senón para solventar problemas competenciais. En concreto, as tres seguintes: 1) a atribución expresa, de conformidade coa xurispru-

terior á da anterior lei de acompañamento. En primeiro lugar, en referencia ó propio concepto de desemprego, neste caso parcial, regulado no art. 203.3, e para contradicir-la xurisprudencia do TS. A cuestión foi dobre: a primeira referiuse a un problema suscitado despois da Lei 11/1994, do 19 de maio, consistente na redución de xornada ó abeiro do art. 41 ET efectuada sen autorización administrativa. En tales casos, o traballador solicitaba a prestación e o INEM denegáballe, alegando que non acreditaba a situación legal mediante a oportuna resolución da autoridade laboral. Incluso para tales efectos o RD 43/1996, do 19 de xaneiro sustentara a posición denegatoria. Como queira que o TS<sup>5</sup> considerou *ultra vires* esta disposición regulamentaria e recoñeceu o dereito á prestación por desemprego parcial a todos os que tiñan sido obxecto de redución de xornada polo menos un tercio, o lexislador non tardou en reaccionar esixindo por vía legal o que se negara polo TS. E, posto que non había outra resolución administrativa posible que a do art. 47, quedou desde entón manifestamente claro que o desemprego por redución de xornada debía acreditarse a través de regulación de emprego temporal.

O cal engarza coa segunda parte do cambio normativo. O primeiro inciso do art. 203.3 incluía –e inclúe– o adverbio «temporalmente» que chamou á dúbida de se se protexía só a redución de xornada temporal ou tamén a que se produce de forma definitiva «en canto ó tempo de traballo». É dicir, se o dito adverbio engadía algo ou só se incluía con carácter redundante. Outra vez máis o TS pronunciouse en sentido expansivo e concluíu que tamén se protexía a redución de xornada definitiva<sup>6</sup>, e de novo a Lei de acompañamento non tivo ningún empacho en contradicir tan indesexable e despilfarradora doutrina xudicial<sup>7</sup>.

---

dencia do TS, á orde social da xurisdicción das reclamacións relativas á esixencia de devolución de cantidades indebidamente percibidas e ó reintegro de prestacións cun pagamento do que sexa directamente responsable o empresario, salvo no relativo ás actuacións en materia de xestión recaudatoria. 2) A mesma atribución, igualmente de acordo coa doutrina xudicial do TS, á orde social das impugnacións relativas ó abono da prestación por desemprego na súa modalidade de pagamento único. 3) E, igualmente a favor da xurisdicción social, resólvese o dilema sobre a competencia para impugnas sancións por faltas leves e graves en materia de desemprego, deixando impregulada a cuestión relativa á impugnación das moi graves, Sobre estas reformas, con máis extensión, MERCADER UGUINA, J. R., *Leyes de acompañamento y seguridad jurídica*, RL, 1997-I, pp. 1087 ss.

<sup>5</sup> STS do 22 de outubro 1997 (Ar. 7549), e un bo número delas en seguimento da súa doutrina.

<sup>6</sup> Véxase, ó respecto, STS do 24 de febreiro de 1997 (Ar. 1579), así mesmo seguida dun bo número delas.

<sup>7</sup> Sobre estes acontecementos, vg., MERCADER UGUINA, J. R., *Racionalidad del Derecho, técnica legislativa y leyes de acompañamento*, RL, 1998-I, pp. 925-6.



Unha segunda modificación non foi rectamente restrictiva na súa formulación, aínda que si nas súas consecuencias. Neste caso, as dúbidas referíanse á situación legal de desemprego producida durante a execución provisional dunha sentenza de despido, unha vez que a opción pola readmisión, despois da Lei 11/1994, non implicara execución provisional. Esta novidade produciu certa doutrina xudicial menor contradictoria sobre a natureza da situación legal prevista nos arts. 111 e 112 LPL. Fronte a unha tese «ortodoxa», que mantiña a inexistencia dalgunha peculiaridade, e o sometemento ó réxime xurídico do Tít. III da LXSS, pois a lei adxectiva só declaraba que, unha vez producida a opción, a prestación se percibía desde a notificación da sentenza, suscitouse outra «heterodoxa» que a consideraba unha situación propia, non consuntiva da ordinaria da LXSS e na marxe dos requisitos de carencia. Por suposto, a Lei de acompañamento decantouse e disipou as dúbidas a favor da tese «ortodoxa», probablemente a máis defendible desde unha perspectiva de hermenéutica xurídica. Para tal efecto, a alínea 3º do art. 208, introducido pola Lei 66/1997, do 30 de decembro, non ten outro valor que o de interpretación auténtica da LPL.

O art. 211.1 sufriu unha curiosa modificación, tanto máis curiosa contemplada agora, con algo máis de perspectiva. A cotización por horas extraordinarias tense en conta para os efectos da base de cotización por desemprego, que é a mesma que a de continxencias profesionais. Sen embargo, produciuse certa disputa doutrinal relativa á inclusión das horas extraordinarias á hora de calcula-la base reguladora da protección por desemprego. Á resposta negativa conducía o art. 120.2 LXSS, de acordo coa cal «a cotización adicional por horas extraordinarias non será computable para os efectos de determina-la base reguladora das prestacións». E, como queira que xa desde hai anos se enterrou a controversia sobre a inclusión do desemprego no ámbito obxectivo da Seguridade social, lóxico corolario era que a base reguladora da prestación por desemprego non atendera á cotización por horas extraordinarias. A verdade é que o argumento é xuridicamente solvente, aínda que de novo restrictivo. O interrogante sobre a conveniencia dunha *lex specialis* para o desemprego, sen debaterse suficientemente, resolveuse en sentido negativo. Os porqués escápanse, máxime desde a concepción do desemprego como unha continxencia profesional, a máis puramente profesional, diría eu. O argumento do desincentivo cara á realización das ditas horas paréceme moi pouco convincente, e desde logo contradito rotundamente polas estatísticas posteriores a 1999. Ademais, o principio de contributividade, tan utilizado nos últimos anos con fins varios, apuntaría máis na liña da toma en consideración do tempo traballado por encima da xornada ordinaria. En fin, a regra de acordo coa cal a base reguladora se calcula a partir da base de cotización quebra neste caso.

Outra novidade da Lei de acompañamento de 1997, cun aparente sentido técnico en exclusiva que é pura aparencia, referiuse ó reinicio da prestación –ou do subsidio– despois dunha situación suspensiva. Introduciuse unha alínea 3º no art. 212, que distinguiu dous tipos de reinicio: un de oficio e outro rogado. O de oficio, nos casos de sanción polas circunstancias referidas na letra a) do art. 212.1, que supoñen non tanto a suspensión coma a perda da prestación ou do subsidio por un mes. O rogado, nos demais casos, esixíndose que se acredite a finalización da causa suspensiva, ou que, en xeral, o interesado volva a reunir tódolos requisitos necesarios para ser beneficiario dunha prestación ou dun subsidio. Pero a novidade máis substantiva é que se esixe, nos casos nos que o dereito non se restablece de oficio, a temporaneidade na solicitude do levantamento da suspensión, de modo que, se se insta máis alá dos quince días –en regra evidentemente equiparable á do art. 209, para a primeira solicitude–, o dereito á percepción da prestación ou do subsidio vai caducando día a día. En realidade, a solución establecida en decembro de 1997 non deixa de ser lóxica. O cal non empece a que, en termos reais, tiñese constituído outra pequena greta no sistema protector anteriormente existente.

Finalmente, a Lei 66/1997 introduciu unha primeira erosión nas relacións entre incapacidade temporal e desemprego, logo multiplicada exponencialmente coa Lei 24/2001. Neste caso, a novidade supuxo elimina-la posibilidade de cobra-la incapacidade temporal no 75 por 100 da base cando a percepción desta contía fose superior á que correspondería en concepto de desemprego. Aínda que durante la i.t. iniciada anteriormente á extinción do contrato se cobrase en concepto de situación de incapacidade temporal, cobrábase a partir de entón na contía correspondente ó desemprego. Pero mantíñase a non consunción do tempo da prestación por paro forzoso.

En canto á Lei 50/1998, do 30 de decembro, de acompañamento á de presupostos, hai que destacar, aínda que non incluída no tít. III da LXSS, unha moi interesante novidade, incluída como disp. dic. 28 da LXSS. En concreto, diríxese cara ó subsidio asistencial para maiores de cincuenta e dous anos, e supón que as cotizacións por xubilación durante o seu aproveitamento terían efecto tanto para o cálculo da base reguladora da pensión como para a determinación da porcentaxe aplicable. Pero non para acredita-lo período mínimo de quince anos. O cal implica importantes recortes, non xa na prestación por desemprego, senón na pensión de xubilación, pois non accederán a esta: 1) os non poucos beneficiarios que obtiveron indebidamente, xa sexa en vía administrativa ou en vía xudicial, un subsidio de desemprego para maiores de cincuenta e dous anos, de modo que no momento de solicitarse a pensión de xubilación poderá revisarse o requisito da carencia xenérica, sen que se tomen en



consideración as cotizacións derramadas durante a percepción do subsidio. 2) Os beneficiarios do subsidio que, eventualmente, accederan a el en virtude dun dereito expectante a unha xubilación contributiva de acordo coas regras de calquera ordenamento dun estado membro da Comunidade Europea, sen que no momento de acceso alcanzaran quince anos cotizados<sup>8</sup>. E 3) os beneficiarios que accederan ó subsidio con quince anos cotizados, pero con menos dun en España, que poderán, a partir deste precepto, non alcanza-la pensión de xubilación por aplicación do art. 48 do Regulamento 1408/1971. En fin, a reforma de 2002 vólvelles dar un golpe –esta vez bastante máis duro– ós emigrantes a estados nos que rexe o regulamento comunitario.

Sen que a Lei 55/1999, do 29 de decembro, de medidas fiscais, administrativas e da orde social introducíse novidades na protección de desemprego, e tampouco a Lei 14/2000, do 29 de decembro, máis alá da elevación a rango legal da renda activa de reinserción<sup>9</sup>, outra lei de acompañamento moi incisivo no réxime de protección por desemprego foi a Lei 24/2001, do 27 de decembro. En primeiro lugar, modificou o réxime de prórrogas semestrais do subsidio por desemprego para establece-la necesidade de solicitude de parte, acompañada da documentación acreditativa do mantemento dos requisitos de acceso. E, de novo, establécese para tales efectos o prazo de quince días seguintes ó esgotamento do prazo de seis meses, cos consabidos efectos extintivos da prestación polos días de atraso nos mesmos termos que nos arts. 209 e 212 LXSS<sup>10</sup>. E, ademais, en esixencia que é evidente prelude das modificacións da reforma de 2002, especialmente en materia de compromiso de actividade, establece el último inciso deste novo art. 219.4 que «para el recoñecemento das prórrogas a entidade xestora poderá esixirlles ós beneficiarios do subsidio que no momento da súa solicitude subscriban un compromiso de realizar accións favorecedoras da súa inserción laboral e os servicios públicos de emprego aplicaranlles ós traballadores que suscribiran o compromiso as citadas accións».

Así mesmo, introdúcese unha alínea quinta no art. 219, especialmente destinada ós beneficiarios dun subsidio por desemprego para

<sup>8</sup> Aínda que este suposto quedou finalmente descartado, despois da sentenza do TJCE *Ferreiro Alвите*.

<sup>9</sup> Sobre este tema, MERCADER UGUINA, J., *La opacidad das leyes de acompañamento*, RL, n.º 7, 2001, pp. 133 ss.

<sup>10</sup> Esta novidade veu acompañada dunha norma transitoria –art. 39.9 2 da Lei 24/2001, do 27 de decembro, que convén reproducir no que agora interesa «...ós subsidios nacidos con anterioridade ó 1 de xaneiro de 2002 o previsto na alínea 5, antes citada, seralles de aplicación a partir de que transcorran doce meses ou múltiplo de doce meses desde a data do seu último reinicio».



maiores de cincuenta e dous anos, e que evoca a situación de anos anteriores na que non era indiscutido que a carencia de rendas se aplicara a este concreto subsidio. Despois de terse despexado as dúbidas en sentido positivo, agora impónselles, para os efectos de mante-la percepción do subsidio e cada doce meses a partir do nacemento do dereito ou da súa última reiniciación, unha declaración das súas rendas, acompañada da documentación acreditativa que corresponda. De novo concédeselle ó beneficiario o reiterado prazo dos quince días cos conseguintes efectos interruptivos ata que cumpra con esta nova obriga, momento en que se lle restituirá no seu dereito con efectos desde a súa data<sup>11</sup>.

Pero, sen ningunha dúbida, a reforma máis importante e restrictiva da Lei 24/2001 consistiu na alteración das regras de sucesión entre incapacidade temporal e desemprego, para eliminar unha, tradicional e fundada na idea de que o desempregado en situación de incapacidade temporal non está en condicións de aceptar unha oferta de emprego adecuada. De acordo coa dita regra, se a situación legal de desemprego se producía cando o traballador se encontrase percibindo subsidio por incapacidade temporal, seguiría percibindo este –na cantidade que fose, sobre o particular xa se describiu algunha reforma anterior–, sen que ese tempo de aproveitamento da i.t. se lle descontase da futura prestación por desemprego. Pero a Lei 24/2001 invertiu a regra, a través dunha serie de modificacións de certa complexidade, que en ningún caso lle afectaron ás relacións entre a maternidade e o desemprego. Entre outras consecuencias da inversión, tamén consume agora o tempo de protección por desemprego a situación de incapacidade temporal por recaída<sup>12</sup>.

Por suposto, algunha reforma ten habido na marxe das leis de acompañamento. Quizais a máis significativa sexa a introducida primeiro polo RD-lei 16/2001, do 27 de decembro, e logo pola Lei 35/2002, do 12 de xullo, ámbalas «de medidas para o establecemento dun sistema de xubilación gradual e flexible», de acordo cos cales –en modificación do art. 216.3 LXSS– o subsidio por desemprego para maiores de cincuenta e dous anos só se extingue, polo que á xubilación se refire, cando o desempregado alcanza a idade ordinaria que se esixa en cada caso para causar dereito á pensión contributiva de xubilación. Co cal, na liña de tendencia de facilitar e promove-la xubilación flexible, este subsidio non se extingue nos casos nos que o traballador pode acceder á xubilación anticipada. Tamén pode aludirse a algunha modificación que veu recoñece-

<sup>11</sup> Acompañándose a regra transitoria.

<sup>12</sup> Sobre estas novidades, con máis detemento, RABANAL CARBAJO, P., «Las reformas en materia de desempleo», en VV.AA. (GÁRATE CASTRO, J., coord.), *Estudios jurídicos sobre las reformas da Seguridade Social*, RXG (Santiago, 2002) pp. 112 ss.

lo papel das comunidades autónomas que recibiran transferencias das políticas activas de emprego para os efectos das prestacións en especie consistentes en accións específicas de formación, perfeccionamento, orientación, reconversión e inserción profesionais<sup>13</sup>. Ou, igualmente, a Lei 36/1999, do 18 de outubro, que veu concreta-los termos de concesión do subsidio por desemprego e as garantías de reinserción dos delinquentes toxicómanos, cunha modificación, polo que aquí interesa, do art. 215. 1 d) LXSS.

Non obstante o cal, estas pequenas excepcións poñen máis de manifesto este labor das sucesivas leis de acompañamento, de erosión constante e por goteo do nivel de protección por desemprego. En fin, a propia Lei 53/2002, do 30 de decembro, aprobada 18 días despois da 45/2002, do 12 decembro, viuse na obriga de terciar sobre algún floco que quedou solto nesta, en concreto en relación coa cotización sobre as vacacións non aproveitadas con anterioridade á finalización do contrato.

## 2. As liñas de reforma do desemprego en 2002

A reforma do 2002 produciuse, así pois, en dúas fases sucesivas, de modo que poden establecerse múltiples diferencias entre o texto do Real decreto-lei 5/1992 e o da Lei 45/2002. Sen embargo, xa advertín que neste texto non vou comentar pormenorizadamente, como o fixen coas anteriores, a reforma do Tít. III da LXSS, pois para iso xa están as intervencións posteriores. E tampouco vou traza-las diferencias entre o texto de urxencia e a definitiva lei ordinaria. Voume limitar a enunciar xenericamente as grandes liñas de reforma.

### 2.1. Abandono do control no acceso á prestación contributiva

Probablemente sexa este o risco da reforma con máis consecuencias a curto prazo, simbolizado no acceso á protección de desemprego sen que se requira impugna-lo despido de que foi obxecto o traballador. Con toda seguridade, a intención de dotar dunha regulación moi diferente ós salarios de tramitación foi o elemento desencadenante desta opción lexislativa. Pero non poden descartarse outros dous: o primeiro, a xurisprudencia do TS, que abriera una brecha importante –quizais máis alá do que sería desexable– na posibilidade de controla-lo acceso ó desemprego, en pronunciamentos como un de 1995 que estableceu que en ningún caso o traballador tiña que impugna-lo cese dun contrato temporal, por groseiro que fora o fraude de lei, para xerarse a situación legal

<sup>13</sup> Trátase da reforma o at. 206.2 LXSS en virtude do RD-lei 5/1999, do 9 de abril.

de desemprego. Ou outro de 2000 que estableceu unha doutrina equiparable para o despido obxectivo. Ou os propios vaivéns de doutrina xudicial que sufriu a esixibilidade regulamentaria da indemnización de trinta e cinco días en fase preprocesual no caso de despido disciplinario improcedente. O segundo, a admisión dunha lóxica menos interesada na causa do desemprego e máis centrada no seu tratamento, manifestada en aspectos como o compromiso de actividade ou a administrativización do concepto de oferta de emprego adecuada. Sexa como for, diferénciase entre despido procedente e improcedente, soterrándose a técnica do período de espera alí onde nacera e se mostrara como un elemento particularmente eficaz<sup>14</sup>.

Na linguaxe lexislativa, esta renuncia ó exercicio do control caracterizouse como «adiantamento no percibo da prestación por desemprego», en canto que se percibe xa a partir da data de efectos do despido, sen prexuízo de que se tiveran que arbitrar complexos mecanismos de devolución e compensación das cantidades indebidamente percibidas –regulados, sobre todo, no art. 209.5 LXSS– nos casos nos que, *a posteriori*, o traballador perciba durante os mesmos períodos salarios de tramitación. Desde a perspectiva da nova regulación dos salarios de tramitación, como estes poden non existir nos casos nos que o empresario reconeza inmediatamente despois do despido a súa improcedencia, ou cando o despido mereza a cualificación de procedente, sen o sometemento do desempregado ó anterior período de espera, o tracto entre percepcións salariais e prestación por desemprego mantense, pero anticipando esta ó debilitarensen aquelas.

Por suposto, esta anticipación da prestación esixiu, á vez, modificar outras regras, como é o acceso ó desemprego por denuncia do período de proba, cunha regulación anterior, como xa se describiu anteriormente, encontraba a súa explicación precisamente no control do fraude.

Non faltaron autores que, con lóxica esmagante, preconizaron que o máis lóxico fóra derrogar toda a armazón normativa relativa á situación legal de desemprego para admitir que tamén a denuncia voluntaria do contrato por parte do traballador pode servir de canle de acceso á prestación<sup>15</sup>.

En contraste con esta flexibilización no acceso, artículase unha modalidade procesual nova, a do art. 145 bis, para controlar, por parte da entidade xestora das prestacións por desemprego, o encadeamento de

<sup>14</sup> Así o tiña posto de manifesto TORTUERO PLAZA, J. L., *Supuestos legales de desempleo protegidos en el ordenamiento español: una valoración crítica*, RL, 1994-II, pp. 104 ss.

<sup>15</sup> Nesta liña, vg., SEMPERE NAVARRO, A. V., «La reforma do despido y do desempleo mediante el Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo», en VV.AA., *La reforma do despido y do desempleo*, Laborum (Murcia, 2002) pp. 15 ss.



contratos, nos casos nos que poida estimarse fraudulento, coas conseguintes consecuencias en materia da súa responsabilización. Chama a atención, polo contraste que supón coa regra xeral anteriormente exposta e por toda a vocación xeral que ten a reforma de non prestarlle demasiada atención ó control no acceso á prestación. Acaso haxa que atopala explicación, sen dúbida insuficiente, no gasto comparativamente moi alto que leva consigo o fenómeno da excesiva rotación na man de obra. Na marxe das numerosas preguntas de índole procesual e substantiva que suscita este novo precepto procesual.

E outro tanto pode dicirse da cuestión relativa ás vacacións non gozadas no momento de extinción do contrato. Sen entrar agora nos numerosos problemas xurídicos, con evidentes repercusións prácticas, que esta novidade pode levar consigo, detéctase unha intención de demora no acceso á prestación que non garda excesiva correspondencia con medidas tales como a supresión do período de espera nos despidos procedentes.

Polo demais e dado que os salarios de tramitación, con tódalas peculiaridades que se queira, foron parcialmente restituídos coa Lei 45/2002, do 12 de decembro, resulta enormemente perturbador o réxime de acceso á prestación contributiva no caso de despido. Máis fácil tivera sido aplicar sen máis a doutrina relativa á diferenza temporal entre a configuración da situación legal e a súa acreditación, que con tanto acerto se configurou en situacións tales como a impugnación infrutuosa no cese dun contrato temporal.

E deben recordarse unha vez máis os moi arduos problemas que se presentarán en momentos tales como a execución provisional de sentencias de despido ó abeiro do novo réxime legal. As modificacións que, directa ou indirectamente, lle afectan ó art. 295 da LPL son moitas máis das que a primeira vista poden imaxinarse.

## **2.2. Distinción de réximes xurídicos en atención ó tempo en que se configura a situación legal e incremento da inseguridade xurídica**

A reforma en varias fases da regulación do desemprego conseguiu xerar un grao de inseguridade xurídica practicamente sen precedentes no noso ordenamento. Pénsese, por exemplo, na regulación dos salarios de tramitación. Ou tamén na dos eventuais do campo de Extremadura e Andalucía. Pero, por destacar agora un tema especialmente complicado, podería facerse referencia ó desemprego dos traballadores fixos-periódicos.

Ata a entrada en vigor do RD-lei 5/2002 non se presentara abertamente a cuestión de se o fixo-periódico cunha prestación de servizos que se reinicia a data certa tiña dereito á prestación de desemprego durante os períodos de inactividade. Na marxe de certa doutrina xudicial

que presentara a cuestión nalgũa Sala do Social<sup>16</sup> e dunha oculta pero certa circular do INEM que se pronunciara en sentido contrario ó dereito á prestación durante os ditos períodos de inactividade, era case pacífica a posición afirmativa ó respecto. De aí que, antes da dita norma de urxencia, os que finalizaban o período de actividade accedían á prestación contributiva sen maiores problemas, sempre que reuniran os demais requisitos establecidos legalmente.

Tralo RD-lei as cousas cambiaron radicalmente, pola interpretación expresa que se facía do termo traballo fixo-descontinuo no art. 208 da LXSS, con remisión á específica modalidade prevista no art. 15.8 ET, que só contempla o traballo que non se repite a datas certas, isto é, o traballo fixo-descontinuo entendido nos seus estrictos termos. A reforma, por máis que coherente coa diferenza entre traballo fixo-periódico e traballo fixo-descontinuo e coa asimilación sen máis do primeiro co traballo a tempo parcial, foi obxecto dunha moi forte contestación, sobre todo desde as instancias sindicais que sustentaron a folga do 20 de xuño.

Despois da Lei 45/2002, o dereito á prestación por desemprego destes colectivos dista moito de estar clara. Pode dicirse simplemente que a cuestión se posterga a un regulamento de desenvolvemento do art. 208.1.4, sen prexuízo de que as orientacións máis restrictivas do Real decreto-lei parecen abocadas a desaparecer. Isto non obstante, a espera desta norma governativa engade incerteza en relación co ámbito de cobertura, o cal se traducirá con toda seguridade nun repunte do traballo eventual fronte ó fixo-periódico, tendencia que se veu detectando xa en non poucos convenios colectivos, como os relativos ós transportes por estrada.

### 2.3. Certos cambios na protección asistencial sen un rumbo determinado

Non pretendo agora facer referencia ás manobras de cambio e marcha atrás producidas nalgúns aspectos do subsidio por desemprego. Entre outras, podería aludirse ó moi polémico tema do cómputo, entre as rendas do solicitante, das indemnizacións derivadas de despido, que tan en perigo puxera a certos desempregados perceptores de subsidios, como eran os procedentes de certos acordos en fases de consultas de expedientes de regulación de emprego que percibían a indemnización diferida en pagamentos mensuais. Sen prexuízo de todo isto, si que se poden destacar algúns cambios interesantes que melloran ou empeoran a acción protectora no nivel asistencial. En particular, os dous seguintes:

<sup>16</sup> Sobre ela, CABEZA PEREIRO, J., *Desempleo de trabajadores fijos-periódicos*, AS, n.º 12, 2001.

1. A posibilidade de que dentro do prazo dun ano desde a data do feito causante se acredite que se cumpren os requisitos de carencia de rendas ou, no seu caso, de existencia de responsabilidades familiares. Con isto evítase a perda definitiva do subsidio para o beneficiario que deixe de reunir todos e cada un dos requisitos para ser beneficiario da acción protectora, a menos que volva a encontrarse nalgunha das situacións previstas no art. 215 LXSS.

2. Nun sentido inverso, estreitouse considerablemente o ámbito de beneficiarios do subsidio do emigrante retornado, ó excluír ós países do espacio económico europeo e a todos aqueles en que exista convenio bilateral que inclúa a cobertura do desemprego. O cal dificulta –máis ben imposibilita– o acceso ó subsidio para maiores de cincuenta e dous anos dos emigrantes retornados destes estados, a menos que realicen traballo efectivo con cotizacións efectivas en España despois do retorno.

Pero, ademais destas reformas de orientacións encontradas, o certo é que tampouco se abordaron temas cruciais, como é o dobre cómputo das rendas, primeiro a nivel individual e logo a nivel da unidade familiar, o cal veu producindo, coa aquiescencia do TS, situacións inxustas ata o discriminatorio: xunto a beneficiarios que obtiñan o subsidio, porque as súas rendas individuais non superaban o límite protexible e tampouco o superaban as rendas familiares, a outros desempregados dene-gábaselles a protección, a pesar de se-las rendas familiares moi inferiores, pola sinxela razón de que, a nivel individual, os seus ingresos si que superaban o setenta e cinco por cento do salario mínimo interprofesional, excluída a parte proporcional de dúas pagas extraordinarias.

Ou tampouco se solucionou na medida do necesario a colación de certas rendas non materializadas cunha toma en consideración que foi abondo polémica. Refírome, por exemplo, ó problema das pensións compensatorias ou a favor dos fillos, que integran as rendas da unidade familiar sen que en moitas ocasións sexan abonadas realmente por parte do excónxuxe ou do cónxuxe separado.

#### 2.4. Unha maior preocupación pola recolocación do desempregado

Pode que esta sexa a orientación máis nítida na reforma<sup>17</sup>. Neste sentido, a modificación tan ampla e tan discutida de que foi obxecto o concepto de colocación adecuada pode ser moi ilustrativa. Non polos seus efectos concretos, senón pola propia atención que se prestou. O precepto, tal e como quedou despois da Lei 45/2002, resulta moi discutible.

<sup>17</sup> Como afirmou RODRÍGUEZ-PIÑERO e BRAVO-FERRER, M., *La nueva dimensión da protección por desempleo*, RL, nº 13, 2002, p. 7., «la búsqueda y aceptación de ese empleo lo eleva a elemento definitorio de la propia contingencia».



Non tanto pola súa excesiva dimensión e casuísmo, que pretendeu cubrir unha pléiade de situacións que probablemente fora mellor confiar na súa apreciación á doutrina xudicial, como pola administrativización do concepto de emprego adecuado, que queda confiado ó servizo público de emprego. Parece que se lle presta demasiada atención ás circunstancias que rodean ó traballo que lle foi ofrecido ó desempregado e demasiada pouca a outras cuestións máis substantivas, como poden ser a propia profesionalidade do desempregado. Díxose en diversas ocasións que resulta restrictivo o propio tratamento que a cuestión recibe no ordenamento xurídico español, máis a partir do concepto de emprego adecuado que do dereito do traballador a rexeitar un emprego inconveniente, que foi a perspectiva seguida pola normativa internacional e moi en especial polo Convenio nº 44 da OIT<sup>18</sup>.

Na marxe de todo isto, o que subxace á reforma do concepto, por certo agora mellor situado no art. 231 LXSS, é un interese por aquilatarlo ámbito das ofertas que necesariamente ten que atender un receptor dunha prestación ou dun subsidio por desemprego. O novo concepto está aberto a un bo prezo de críticas. Entre outras –nesta cuestión tampouco o concepto precedente merecía mellor valoración–, pode sinalarse que non se distingue entre beneficiario dunha prestación contributiva e dun subsidio asistencial, como debería facerse con toda probabilidade para concibi-lo concepto «oferta de emprego adecuada» en termos máis flexibles cando se trata da cobertura do nivel asistencial, coa finalidade de que o desempregado estivese obrigado a aceptar ofertas dun espectro máis amplo. Polo contrario, no nivel contributivo, o concepto de profesionalidade debe desempeñar un papel máis protagonista, de modo que o dereito de rexeitamento debería proxectarse alí onde se produce un prexuízo evidente da formación e da traxectoria profesional do parado. Non en van unha das finalidades da prestación de Seguridade social por paro forzoso consiste en manter ó traballador nos seus dereitos profesionais. Finalidade á que, dito sexa de paso, a reforma non parece ser demasiado sensible.

Velaquí unha das ideas que merecen destacarse: a reforma está interesada máis na inserción do desempregado ca na calidade do emprego que vaia encontrar. Só así se pode entender a deslegalización ou incluso a desnormativización que se produce nos casos nos que o desempregado leve un ano percibindo prestacións. O que o art. 231.2 se preocupe máis das circunstancias do concepto de emprego adecuado –distancia, parcialidade, temporalidade, conciliación de vida familiar e laboral–, que da súa propia definición, sobre a que non se achega practicamente ningún trazo no-

<sup>18</sup> Neste sentido, vg., LUIJÁN ALCARAZ, J., *La noción de «colocación adecuada» ante la reforma de la protección por desempleo AS*, nº 5, 2002.

vidoso que non estivera contemplado na anterior versión do art. 213 LXSS<sup>19</sup>. Non pretendo, por suposto, minora-la importancia de ter en conta as ditas circunstancias, as cales, polo demais, xa foran tidas en conta pola doutrina xudicial, pero si destacar que a reforma de 2002 relega a un segundo plano as esixencias de identificación do emprego conveniente.

Tamén na liña de contribuír á pronta recolocación do desempregado debe tomarse en consideración a reiterada referencia legal a este instrumento novidoso que é o compromiso de actividade, unha especie de contrato entre o servizo público e o demandante de emprego beneficiario dunha prestación ou dun subsidio. Da súa definición no art. 231.2 («o [compromiso] que adquira o solicitante ou beneficiario das prestacións de buscar activamente emprego, aceptar unha colocación adecuada e participar en accións específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión ou inserción profesional para incrementar a súa ocupabilidade, así como de cumprilas restantes obrigas previstas neste artigo» non se extraen demasiadas consecuencias concretas, máis alá da esixibilidade da súa sinatura. Non parece que o lexislador español quixera chegar ata os límites moito máis ambiciosos que documentos homólogos a este teñen noutros ordenamentos de estados do noso entorno, nos que, vg., o compromiso é individualizado e verificado cunha periodicidade intensa entre o desempregado e o técnico de emprego correspondente, ou nos que se esixe do desempregado unha conducta de emprego activa cada semana. Quizais a estes obxectivos máis modestos conduciran a escasa dotación material e humana dos servizos públicos de emprego. Ou acaso tamén o desexo de non producir subitamente un cambio de modo ou demasiado radical. Calquera que sexa a explicación, o certo é que a introducción do compromiso de actividade supón un paso máis na tendencia que alguén denominou como de «política de contractualización das prestacións sociais»<sup>20</sup>.

Isto non foi óbice para flexibilizar certas esixencias. Non pretendo agora analiza-la menor dureza sancionadora, en especial en relación coa reprobación das infraccións graves, pero si de reparar nunha reforma, introducida durante a tramitación parlamentaria da lei, de acordo coa cal se flexibiliza a esixencia de que o beneficiario busque activamente em-

---

<sup>19</sup> Poden destacarse, como mínimas achegas, as de considerar adecuada a profesión demandada polo traballador e a de vincula-lo concepto de profesión habitual ó seu desempeño durante ó menos tres meses.

<sup>20</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F., *Las políticas de contractualización das prestaciones sociales*, RL, nº 19-20, 2002. Describe a situación do seguinte modo na p.13 do nº 20: «...la progresiva generalización en los sistemas europeos de protección a configurar la prestación social de servicios de inserción como un derecho cuyo acceso, mantenimiento o, incluso, mejora, depende del cumplimiento por parte del beneficiario de ciertos deberes...»

prego. De acordo co inciso segundo do art. 231.1 i), «sen prexuízo da obriga de acredita-la busca activa de emprego, a participación nas accións de mellora da ocupabilidade será voluntaria para os perceptores das prestacións contributivas durante os cen primeiros días de percepción, e a non participación nelas non ocasionará efectos sancionadores». Do cal, ademais de destacar que se limita á protección no nivel contributivo, cabe comentar que se corresponde con outros ordenamentos que tamén prevén homologables períodos «de espera» durante os cales as esixencias cara ós desempregados beneficiarios da acción protectora da Seguridade social son menos rigorosas.

Finalmente, e por trazar só algúns riscos sobre este especial interese pola recolocación do desempregado, pode citarse certa normativa relativa á suspensión e extinción das prestacións en relación co desenvolvemento dun traballo como autónomo, nunha corrente máis favorable á iniciación deste tipo de actividades que xa foi postulada polo TS en sentencias de hai algúns anos<sup>21</sup>. A idea consiste en tratar con maior consideración ó desempregado que inicia unha actividade por conta propia, por definición incompatible coa prestación ou co subsidio aínda que non xere alta en ningún réxime da Seguridade social. Fronte ó traballo por conta allea, que só xera suspensión da prestación durante doce meses, o traballo como autónomo estende a situación suspensiva ata vintecatro meses, exclusive.

### 2.5. Outros tópicos

Non poden esquecerse outras cuestións centrais da reforma do desemprego. Polo que ó ámbito das prestacións se refire, podería facerse referencia ó subsidio dos traballadores eventuais do campo, que se estende, nun novo réxime moito máis esixente, a todo o territorio do Estado. Isto en prexuízo do vello réxime previsto para os eventuais de Andalucía e Extremadura, que agora queren reconducirse a través da renda activa de reinserción, aínda que nunha normativa que ten visos de reformarse proximamente a pouco que cristalicen as declaracións de intencións e acordos entre o Goberno e os sindicatos. Así mesmo, habería que facer referencia ó tema da renda activa de reinserción, especialmente perfeccionada na Lei 45/2002, do 12 de decembro.

\* \* \*

Pero todo isto dá pé a unha reflexión provisional e de partida: cando menos se se compara co incesante caudal de reformas que veu da man das leis de acompañamento da última década, o certo é que a reforma de

<sup>21</sup> Vg., STS do 24 de marzo de 1998 (rec. n.º 2975/1997).



2002 non foi especialmente restrictiva ou de recorte. Pódese afirmar que hai constituído un punto de inflexión no que, con mellor ou peor fortuna –con non moi boa fortuna, diría eu– pretendeuse deseñar un modo de protección. O esbozo é confuso e de liñas non demasiado claras, e aquí é onde a Lei 45/2002 merece maiores reproches. Non, desde logo, na introducción de demasiados recortes, característica que non pode achacárselle, máxime despois da tramitación parlamentaria do texto orixinario do Real decreto-lei. Si que é certo que hai colectivos fortemente prexudicados –vg., e en tanto non se demostre o contrario, os fixos-periódicos, ou moito máis claramente os emigrantes retornados. Outro cantar é a reforma dos salarios de tramitación, na que as conclusións serían moi outras.

Iso si, se se analiza a cobertura do desemprego con certa perspectiva, a tendencia de recorte é moi evidente. A calidade e a intensidade da protección era moito maior fai once anos, cando por última vez o lexislador se propuxo a tarefa de enfocar unha reforma de amplo calado. E o máis lamentable é que os sucesivos recortes cos que os desempregados se foron encontrando cada un de xaneiro foron silenciados dentro dunha batería de modificacións de gran complexidade técnica. Estes si, foron retrocesos que ninguén –ou case ninguén– dos seus precursores se dignaron en explicar, por máis que explicables ou incluso loables puideran se-las súas intencións. 