

LAS REFORMAS EN MATERIA DE DESEMPLEO

Pedro Rabanal Carbajo

Profesor titular de la Universidad de Vigo

I. Introducción

Las últimas reformas habidas en materia de desempleo no pueden, desde luego, compararse con las mucho más profundas habidas hace ya casi una década, cuando la Ley 22/1992, de 30 de julio redujo de forma considerable el alcance de la protección, completada por los «nuevos vientos fríos» en palabras de Escudero, que trajo la Ley 22/1993, de 29 de diciembre. Desde entonces acá, aunque ha habido diversas modificaciones en la legislación sobre protección del desempleo –y algunas de ellas de notable alcance restrictivo–, como, según veremos, la introducida en el art. 203.3 LGSS (desempleo parcial) por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre- los cambios legales han sido más bien de matiz, en muchas ocasiones para clarificar o mejorar la gestión –caso, mayormente, de las reformas operadas en el subsidio por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre–.

También los últimos cambios legales, en los que va a centrarse este estudio, tienen un carácter menor si comparados con los de 1992-1993. Ello no significa, sin embargo, que de entonces a ahora, el Ordenamiento haya permanecido estático, o prácticamente estático, en cuanto a la protección por desempleo. Y es que al lado de la actividad legislativa, en esta

materia, ha tenido y tiene un peso específico muy notable la actividad jurisdiccional, cuya labor ha venido siendo me atrevo a decir que tan importante o más que la legislativa en la conformación del panorama jurídico actual de la protección por desempleo. Y lo ha sido además en muy distintos sentidos. Tanto, por ejemplo, en la lucha contra el fraude, en que la actividad jurisdiccional completó, especialmente mediada la década de los noventa, la actividad administrativa de forma indispensable, como en la protección de ciertos grupos especialmente necesitados, bien que en este último caso, sin embargo, jurisdicción y administración –y junto con esta finalmente también la legislación– no fueron por caminos paralelos. Por ello, en este estudio se abordarán también, además de las últimas modificaciones legislativas, las últimas tendencias jurisprudenciales, cuyo peso, como se viene de decir, es notable.

El carácter menor de las últimas reformas que se ha puesto de manifiesto tiene, como es obvio, explicación en la coyuntura actual. Y es que a la reducción del fraude que legislación, administración y jurisdicción consiguieron conjuntamente en la pasada década –y que no obstante ha dejado una sensación–, tanto legislativa como jurisdiccional, de tendencia a la presunción de fraude probablemente nada saludable– se une según parece el hecho últimamente puesto de manifiesto por los interlocutores sociales, de la recuperación de las cuentas que tanto peso tienen, en este como en todos los ámbitos de protección del Sistema de la Seguridad Social. Así, se viene sosteniendo últimamente que el saneamiento de las cuentas del desempleo, producido por la conjunción de la disminución del fraude y del número de desempleados, así como el escaso nivel de protección tanto en la cuantía de las prestaciones como en el número de parados que las perciben, amerita una reforma de sentido contrario a las de 1992-1993, es decir, ampliadora del nivel de protección (véase Julián Ariza, en *Cinco Días* del 22 de enero de 2002). También en este sentido se han intentado tímidas reformas legislativas, que han pretendido modificar meramente el sistema de extinción por realización de trabajo superior a doce meses, con la intención de que las nuevas cotizaciones se sumen a las anteriores sin que la opción actual haga perder unas u otras (*vid.* proposiciones de Ley del Grupo Mixto y de Izquierda Unida, en BOCCG, Congreso, Serie B, n^{os}. 160-1 y 153-1, de 13 de julio y 15 de junio, respectivamente).

En este contexto, sin embargo, los medios informan de la intención del ejecutivo de abordar una reforma para «racionalizar y consolidar» el sistema, cuya misión debe ser «ayudar a quienes con más interés buscan un puesto de trabajo» (*El País* del 25 enero 2002, *ABC* de la misma fecha), que no parece tener un carácter ampliador de la protección y en la que se barajan curiosas medidas, como la fiscal de incentivar la aceptación de empleo con un «impuesto negativo» sobre la renta, dispositivo

por cierto difícil de conciliar con la previsión legal ahora existente –y de todo punto racional– según la cual la prestación por desempleo se extingue por «rechazo de una oferta de empleo adecuada» (art. 213.1.b LGSS), salvo que el Gobierno esté pensando, extrañamente, en animar a los desempleados a aceptar ofertas de empleo *inadecuadas*, extremo este plausible si se enfoca desde el punto de vista de no fomentar un desempleo «elitista» en el que la mera incomodidad del trabajo, o la menor consideración del ofrecido con respecto al perdido que dio lugar a la prestación, hacen al beneficiario rechazar la oferta y permanecer en desempleo, pero del todo rechazable si se piensa en la aceptación de trabajos para los que el beneficiario carece de la formación precisa, lo que no tiene necesariamente que suceder sólo en sentido ascendente, es decir, cuando se ofrece un trabajo de superior consideración al anteriormente perdido, sino que también sucede, con normalidad, cuando la situación es la contraria.

Con todo, y dado que la anunciada reforma global del desempleo no ha tenido lugar –los medios periodísticos más arriba citados señalan no obstante que el Ejecutivo quiere tener perfiladas sus líneas esenciales para marzo de 2002–, nos limitaremos a indicar las últimas reformas habidas junto con las tendencias jurisprudenciales que conforman el panorama actual de la protección por desempleo, especialmente en sus aspectos más delicados.

De entre las muchas clasificaciones posibles para las reformas –vgr. la que podría distinguir entre reformas ampliatorias y reformas reductoras de la protección–, o entre reformas directas de la normativa sobre desempleo y reformas de otras normas que inciden en el desempleo, muy sugerente esta última, como espero que se vea en este trabajo, he optado por seguir el orden más o menos sistemático que suelen tener los tratados generales sobre desempleo, con el fin de que el lector pueda ubicar con mayor facilidad las reformas en la legislación vigente. De este modo se abordará primero lo relativo a las reglas generales sobre la protección; después lo que atañe al nivel contributivo y finalmente el panorama del nivel asistencial.

Quedarán fuera de comentario las modificaciones legales cuyo carácter meramente de gestión o coyuntura hace innecesaria su exégesis. En tal sentido, vgr., las de la Ley 23/2001, de 27 de diciembre, sobre cotización al desempleo, que como se sabe, penaliza la temporalidad imponiendo a las empresas –y también a los trabajadores en una pequeña cuantía, lo que no deja de ser curioso– una cotización mayor para los contratos temporales a tiempo completo (excepto los formativos, de inserción, de relevo, de interinidad y para trabajadores discapacitados) y mayor aún para los temporales a tiempo parcial o los celebrados por empresas de trabajo temporal. Otro caso es el RD 377/2001, de 6 de

abril, por el que se modifica el RD 1458/1986, de 6 junio, de Estructura orgánica del INEM, creándose una Subdirección General de Formación Continua y una Intervención Delegada de la Intervención General de la Administración del Estado. Igualmente, la operada por el art. 34. once Ley 24/2001, de 27 diciembre, que introduce una nueva Disp. Ad. Vigésima quinta LGSS, cuyo contenido ya podía derivarse del ordenamiento anterior; a saber, por una parte, que la tramitación de las prestaciones se ajustará a lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común, con las especialidades previstas, y que transcurrido el plazo máximo para dictar resolución existe silencio administrativo negativo, salvo en los casos de inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos y en convenios especiales, en que es positivo.

Sin ánimo exhaustivo, otras de las normas dictadas sólo en el último año y que, teniendo que ver con la protección y la gestión del desempleo, no van a ser estudiadas, dada su naturaleza y configuración, son las siguientes: RD 1124/2001, de 19 de octubre, por el que se incorporan las prestaciones por desempleo a la acción protectora prevista en el Real Decreto 2234/1981, de 20 de agosto, por el que se incluye en el Régimen General de la Seguridad Social al personal español contratado al servicio de la Administración española en el extranjero; O. de 2 de noviembre de 2001 por la que se modifica la Orden de 19 de abril de 2001 por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones públicas para la puesta en práctica de un programa experimental de formación e inserción laboral de demandantes de empleo en tecnologías de la información y de las comunicaciones, y se regulan las características de dicho programa; O. de 14 de noviembre de 2001 por la que se regulan el programa de Escuelas Taller y Casas de Oficios y las Unidades de Promoción y Desarrollo y se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones públicas a dichos programas. (C. Err. BOE 30 noviembre); O. de 14 de noviembre de 2001 por la que se desarrolla el Real Decreto 282/1999, de 22 de febrero, por el que se establece el Programa de Talleres de Empleo, y se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones públicas a dicho Programa (C. Err. BOE 30 noviembre); O. de 13 de noviembre de 2001 por la que se modifica para el actual ejercicio económico, el plazo de finalización de las Resoluciones dictadas por el Instituto Nacional de Empleo, en desarrollo de la Orden de 26 de octubre de 1998, en el ámbito de la colaboración con las Corporaciones Locales, para la contratación de trabajadores desempleados en la realización de obras y/o servicios de interés general y social; O. de 19 de noviembre de 2001 por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas públicas a personas con discapacidad dentro del ámbito de competencias del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMERSO) y se convocan las

correspondientes al año 2001; ORDEN TAS/192/2002, de 31 de enero, por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, contenidas en la Ley 23/2001, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2002.

2. Las reglas generales de la protección por desempleo

2.1 Beneficiarios

a) *Ajenidad*

Varios son los puntos a tratar en este apartado, y varios también los mecanismos jurídicos que conforman su panorama actual.

Por una parte y en cuanto a la condición de trabajador por cuenta ajena que es preciso acreditar para obtener la protección del Sistema, es ineludible tratar el problema de las empresas familiares o «cuasifamiliares» dada la atomización empresarial existente en nuestro país. El hecho es que una de las manifestaciones de la «tendencia a la presunción de fraude» que se citó en la introducción afecta directamente a los casos en que quien pide la prestación de desempleo es familiar del empresario o de quien tiene una participación de cierta entidad en la empresa. En este punto ya hubo otras reformas –con abundante tratamiento doctrinal y jurisprudencial– dedicadas a deslindar el RETA y el RGSS (Disp. Ad. Vigésimoséptima LGSS), pero no basta por cuanto quienes solicitan las prestaciones no son, en muchos casos, quienes desempeñan labores gerenciales como consejeros o administradores, sino quienes realizan en la empresa las labores propias de un oficio.

En este punto la «presunción» de fraude se ha extendido curiosamente y casi sin excepción –todos lo hemos hecho– a la familia, de modo que nuestro «inconsciente jurídico» tiene tendencia a establecer un perverso binomio según el cual empresa más familia es igual a fraude. La novedad, en este caso atraída por vía jurisprudencial y no legal, y a nuestro juicio plausible, es que se está haciendo un esfuerzo por deshacerse de tan hiriente prejuicio. Ahí está la STS 30 abril 2001 (Ar. 4614, ponente: Excmo. Sr. Desdentado) que sin complejos permite disgregar en el plano teórico la sociedad de gananciales, para afirmar, por quedarnos sólo con un aserto de su enriquecedor texto, que «aunque la utilidad patrimonial del trabajo se incorpore a la sociedad de gananciales –cuando la empresa tiene esta consideración– y ésta sea la que abone la retribución que tiene además la consideración de bien ganancial (art. 1347.1 C.Civil), siempre subsistirá parcialmente la ajenidad, pues una parte del trabajo se habrá realizado para otro y se habrá retribuido con

cargo a su parte». La consecuencia, claro está, es que el cónyuge puede ser empleado de quien es el actual propietario de la empresa, por suscribir todas sus acciones, y es además su administrador.

b) Involuntariedad

Tema también ocasionado a dudas, especialmente al efecto de considerar existente la situación legal de desempleo, por cuanto una cosa es precisamente la existencia de tal situación (art. 208 LGSS) y otra cosa distinta es su acreditación (art. 1.uno.c RD 625/1985, de 2 abril), es la interpretación del requisito de involuntariedad en la pérdida del empleo. Sobre este asunto habremos de volver más adelante, por cuanto es no sólo condición para ser beneficiario sino también parte imprescindible de la situación legal de desempleo, pero puede adelantarse que una vez más la jurisdicción vuelve a romper –aunque tímidamente– la tendencia a la presunción de fraude. Así, la STSJ Madrid 17 mayo 2001 (ponente: Ilma. Sra. Ureste), afirma que la proximidad en el tiempo entre la fecha plasmada en el finiquito y la presentación de la papeleta ante el SMAC implica la existencia de una decisión del empleador de dar por finalizada la relación laboral. En el caso, el finiquito había sido suscrito por la trabajadora un viernes y la papeleta de conciliación se presentó el lunes siguiente. Sobre este tema, como se ha adelantado, volveremos.

c) Alta

En este aspecto, aunque ciertamente las modificaciones normativas apenas merecen ser citadas, existen algunos supuestos que sí reclaman atención.

■ El período de excedencia para el cuidado de familiares.

Aunque no se trata más que de un recordatorio normativo, la Disp. Ad. Tercera 2 del reciente RD 1251/2001, de 16 noviembre, que regula las prestaciones económicas por maternidad y riesgo durante el embarazo, recuerda, en cuanto a las situaciones asimiladas al alta en excedencias por cuidado de familiares, que lo son respecto de las prestaciones por desempleo, a las que es de aplicación el art. 4 Ley 4/1995, de 23 marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad.

■ La reiteración de la solicitud de subsidio por desempleo.

El requisito del alta no se contempla para causar derecho al subsidio por desempleo (arts. 215 LGSS y 7 RD 625/1985, de 2 abril). Ello explica –y es conclusión incorporada al ordenamiento por la doctrina jurisdiccional, que no se encuentra en los textos normativos– que su solicitud pueda ser reiterada, tras su denegación inicial, vgr., por no cumplir inicialmente el requisito de carencia de rentas y venir después a peor fortuna, siempre que el período duración del subsidio no haya concluido

(STS) Cataluña 3 enero 2000, AS 1658; SSTSJ Madrid 18 noviembre 1999, AS 7409 y 25 junio 1998, AS 2722, entre otras). Sin embargo, la doctrina jurisprudencial ha venido exigiendo, con distinto rigor, la inscripción como demandante de empleo como requisito de acceso al subsidio (art. 215.1.1 LGSS). Aunque las sentencias de suplicación hablan de esta exigencia como atenuada en su rigor, en ocasiones se ha exigido que la inscripción sea ininterrumpida –con la finalidad de controlar la existencia de la voluntad de trabajar que es requisito imprescindible de la situación legal de desempleo– (especialmente, para el subsidio de mayores de 52 años, art. 7.3.b RD 625/1985, de 2 abril).

Esta exigencia incierta y ocasionada a dudas ha sido fijada por la última jurisprudencia, que ha establecido que sólo cabe exigir la inscripción ininterrumpida en el mes de espera y hasta la solicitud del subsidio (art. 215.1.1 LGSS), con el antedicho fin de controlar la existencia de la voluntad de trabajar del solicitante, sin que pueda exigirse la ininterrupción en la inscripción como demandante de empleo más allá de esos términos. En este punto, además, la jurisprudencia ha operado una auténtica modificación normativa, al considerar contrario a la Ley y por tanto nulo, el precepto reglamentario (art. 7.3.b RD 625/1985, de 2 abril) que exige la inscripción ininterrumpida (STS 17 abril 2000, RJ 5882).

En todo caso, repárese en que, la inscripción –sobre todo si es ininterrumpida–, una vez agotada prestación por desempleo, constituye una situación asimilada al alta (art. 36 RD 84/1996, de 26 enero), por lo que de hecho no existe tanta diferencia entre la exigencia del requisito del alta para el caso de la prestación y la exigencia de inscripción para el caso del subsidio.

d) Fijos discontinuos

Con la letra de la Ley en la mano, es claro que los trabajadores fijos discontinuos tienen derecho a prestaciones por desempleo, como poco, porque el legislador lo ha querido así (art. 208.1.4 LGSS y arts. 1.5 y 2.2 RD 625/1985, de 2 abril). El problema, más que nuevo resucitado, se ha planteado con la modificación normativa operada por la Ley 12/2001, de 9 julio, que disgregó los contratos fijos discontinuos, dejando como modalidad de trabajo a tiempo parcial aquellos en que concurre periodicidad (art. 12.3 ET) y trasladando los fijos discontinuos (sin periodicidad) al precepto donde se trata la duración del contrato de trabajo (art. 15.8 ET). Lo curioso es que esta modificación legal pueda tener efectos sobre la protección por desempleo. Y puede tenerlos, como ha expuesto Cabeza, a quien seguimos para esta exposición. Lo que sucede es que según cierta interpretación administrativa –seguida, al parecer, por algún órgano jurisdiccional (STSJ Valencia 14 enero 2000)– puesto que los fi-

jos discontinuos periódicos no son «fijos discontinuos» sino trabajadores a tiempo parcial con una distribución irregular de la jornada a lo largo del año –y no de la semana, o del mes– no merecen la protección por desempleo. De *lege ferenda* puede considerarse más o menos defendible esta posición, pero lo que no cabe es fundarla en la última modificación legal, dado que el argumento requiere extraer la exclusión de los periódicos precisamente de su carácter de trabajadores a tiempo parcial, que no tienen los no periódicos –no están en el art. 12 ET–, a quienes la ley sí otorga protección. Pero es que los no periódicos han estado incluidos en el tratamiento del trabajo a tiempo parcial (art. 12 ET) desde la Ley 10/1994, de 19 de mayo hasta la Ley 12/2001, de 9 de julio, y pese a ser, así pues, trabajo a tiempo parcial, nadie pudo poner en duda su protección por desempleo, en los términos del art. 208.1.4 LGSS). La ubicación, por tanto de la regulación no vale para distinguir, a efectos de desempleo, entre «fijos periódicos» y «fijos discontinuos».

e) Penados en instituciones penitenciarias

El nuevo RD 782/2001, de 6 julio, que regula la relación laboral de carácter especial correspondiente, otorga a este grupo protección por desempleo, en los términos de la regulación general «cuando sean liberados de prisión» (art. 19 RD 782/2001, de 6 julio), estableciendo además que para la cotización por esta contingencia se aplicará el tipo de cotización establecido para la contratación indefinida vigente en cada momento (art. 20.2.c RD 782/2001, de 6 julio).

2.2 Situación legal de desempleo

a) La reacción del beneficiario ante la extinción: apariencia de legalidad y evaluación

Nuevamente la doctrina jurisprudencial completa aquí el ordenamiento interpretando con cierto rigor el requisito de reclamación en tiempo y forma contra el despido (art. 208.2.2 LGSS), al exigir la conducta activa del trabajador contra su despido no sólo en los casos en que la extinción reviste esa forma, sino también en otros en que tiene la apariencia de una extinción por cumplimiento del término pactado o similar, cuando es razonable exigir al trabajador el conocimiento de que dicha extinción no se produce por la causa alegada (STSJ Galicia 17 octubre 2000, AS 2929; STSJ Murcia 20 abril 1999, AS 1420; STSJ Aragón 2 octubre 1996, AS 3683; STSJ Castilla y León (Burgos) 31 julio 1995, AS 2862). Pero no se exige esta conducta de reclamación si, producida la extinción por alguna de las causas para las que la ley no la exige, reviste una razonable «apariencia de legalidad» (STS 20 diciembre 1995, RJ 9487; STSJ Castilla-La Mancha 25 mayo 2000, AS 5406; STSJ Murcia 3

julio 2000, AS 4079; STSJ Galicia 27 abril 1994, AS 1779); STS 6 marzo 2001, RJ 2835; STS 24 julio 2001.

b) La conformación de la situación legal de desempleo por reconocimiento de la improcedencia en conciliación: cuantía de la indemnización

También la jurisprudencia, después de una inicial vacilación, ha reinterpretado el art. 1.uno. c RD 625/1985, de 2 de abril, de modo que pese a los términos absolutos del límite indemnizatorio –se habla de 35 días de salario, no de 35 días de salario por año de servicio–, en los casos en que la extinción se produzca antes del transcurso de un año de antigüedad en la empresa –y salvados los casos en que se detecta fraude de ley en la extinción para configurar la situación legal de desempleo– la indemnización exigible para configurar la situación será la proporcional al límite legal, en función del tiempo trabajado, teniendo en cuenta que la indemnización legal por despido improcedente es de 45 días de salario por año de servicio, de modo que si el tiempo trabajado es menor de un año la indemnización correspondiente al máximo legal puede no alcanzar los 35 días (si 45 es el máximo para un año de antigüedad, sólo una antigüedad de más de 9 meses da lugar a una indemnización superior a 35 días; si la antigüedad es, vgr., de medio año, la indemnización máxima legal es de 22'5 días, pero dará lugar a prestación por desempleo) (SSTS 17 febrero 2000, RJ 2049; 14 octubre 1999, RJ 8145; 1 junio 1999, RJ 5059; 5 julio 1998, RJ 5269).

c) Extinción por acciones de movilidad geográfica y funcional: reinterpretación de la norma reglamentaria

En los casos de movilidad geográfica y modificación sustancial (arts. 40.1 y 41.3 ET), la situación se acredita con la certificación empresarial sobre la medida modificativa del contrato adoptada y su no aceptación y correspondiente opción extintiva por el trabajador (STSJ Madrid 24 septiembre 1996, AS 2957) (recuérdese que a partir de la Ley 11/1994, de 19 mayo, no es precisa la intervención administrativa de autorización en estas materias y asimismo las modificaciones sustanciales pueden tener carácter individual, sin requerir, por tanto, acuerdo con los representantes de los trabajadores, lo que obliga a una reinterpretación, en este sentido, de los arts. 1.uno.g y h RD 625/1985, de 2 abril).

d) Reducción de la jornada de trabajo: estado de la cuestión

De acuerdo con la Ley, se está en situación legal de desempleo cuando se produce la reducción de la jornada de trabajo, en una tercera parte, al menos «en los términos que se establezcan reglamentariamente» (art. 208.1.3 LGSS). Reglamentariamente, por tanto, no sólo se regula la

acreditación de esta situación legal de desempleo, sino también su propia configuración, al establecerse que sólo se estará en situación legal de desempleo «cuando se reduzca temporalmente la jornada ordinaria de trabajo en, al menos, una tercera parte, en virtud de la autorización conferida al empresario para reducir la jornada de trabajo de sus trabajadores por resolución dictada por la autoridad laboral competente en expediente de regulación de empleo» (art. 1.cuatro RD 625/1985, de 2 abril).

La dimensión exacta de esta situación legal de desempleo exige además atender a las normas sobre el objeto de la protección y a los antecedentes normativos y jurisprudenciales, pues, al día de hoy, sólo se está en situación legal de desempleo –por extraño que resulte– cuando la reducción de jornada es temporal, es decir, momentánea, transitoria, y no cuando es definitiva.

En efecto, la ley contiene desde el principio la previsión de que «el desempleo será parcial cuando el trabajador vea reducida temporalmente su jornada ordinaria de trabajo, al menos en una tercera parte, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción» (art. 203.3 LGSS). Surgida la duda sobre si el adverbio *temporalmente* significaba la exigencia de que la reducción fuese en el tiempo de trabajo (lo que resultaba una obviedad, salvo en la referencia al tercio de jornada que activa la protección) o bien que sólo la reducción momentánea y no la definitiva resultaba protegida (lo que resultaba una injusticia, porque supondría proteger la situación de menos necesidad –la pérdida momentánea de parte del empleo– y desproteger la de más necesidad –la pérdida definitiva–, el TS optó, con buen criterio, por la primera de las interpretaciones, estableciendo, por una parte, que constituía situación legal de desempleo la reducción de jornada, tanto la temporal como la definitiva, instrumentada por el empresario por la vía de la modificación sustancial de condiciones de trabajo (SSTS 24 febrero 1997, RJ 1579; 13 mayo 1997, RJ 4091; 14 julio 1997, RJ 6262 y 7 noviembre 1997, RJ 8090), y por otra parte, que tras la reforma llevada a cabo en el Estatuto de los Trabajadores por la Ley 11/1994, de 19 mayo, no era necesaria la previa autorización administrativa para que existiese situación legal de desempleo parcial por reducción individual de la jornada de trabajo (STS 11 mayo 1998, RJ 4327), dado que en tales casos no se exigía ya la tramitación de expediente administrativo alguno.

Sin embargo, esta jurisprudencia quedó invalidada cuando la Ley 66/1997, de 30 de diciembre añadió un segundo párrafo al precepto legal según el cual «a estos efectos, se entenderá por reducción temporal de la jornada ordinaria aquella que se autorice por un período de regulación de empleo, sin que estén comprendidas las reducciones de jornadas definitivas o que se extiendan a todo el período que resta de la

vigencia del contrato de trabajo» (art. 203.3, pfo 2 LGSS). Queda, así pues, fijada legalmente la interpretación más injusta según la cual sólo quien pierde momentáneamente parte de su empleo merece la protección por desempleo, y no quien lo pierde definitivamente (STSJ País Vasco, 26 enero 1999, Ar. 118). Es cierto que esta legalidad guarda coherencia con la relativa al trabajo a tiempo parcial, según cuya regulación «la conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo» (art. 12.4.e ET).

Pero es que esta previsión legal también desconoce la realidad y su plasmación jurídica. Ello es así, por una parte, puesto que, como ha expuesto con brillantez la doctrina jurisdiccional es difícilmente compartible que las reducciones de jornada constituyan un nuevo vínculo contractual, fuera de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, pues las variaciones en el aspecto cuantitativo no hacen variar cualitativamente los elementos esenciales del contrato (ni el objeto: los servicios retribuidos, o lo que es lo mismo, las obligaciones recíprocas de trabajar y de retribuir ese trabajo; ni la causa: cesión remunerada de los frutos del trabajo), por lo que, salvo que las partes hubiesen elevado a la categoría de causa estableciendo como causa determinante de la contratación el aspecto cuantitativo, estamos ante una mera modificación de la obligación y no ante una novación extintiva que extinga el vínculo anterior para constituir otro nuevo, y por ello la modificación de la jornada aparece en el art. 41 del ET como una modificación sustancial más, que como hemos visto puede llevar a cabo unilateralmente el empresario, a reserva de su posible impugnación por el trabajador (STSJ Galicia 10 febrero 1999, AS 62). El precepto estatutario (art. 41.1.a ET), queda pues, prácticamente vacío de contenido.

Por otra parte, la falta de integración de este sistema con el ordenamiento y, sobre todo, con la realidad que pretende abarcar debe ser puesta de manifiesto. Cuando el legislador afirma que la reducción de jornada es en todo caso voluntaria para el trabajador desconoce, como es evidente, la más prístina realidad, pues si partimos de una situación real de concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, no es ilegítimo que el planteamiento empresarial sea, vgr., ofrecer la opción a los trabajadores entre reducir su jornada de trabajo o bien proceder a la extinción de algunos contratos. Es evidente, pues, que la reducción no es voluntaria para el trabajador, sino aceptada como mal menor frente al mayor que constituye la extinción de su contrato. La reducción de jornada, por tanto, no es voluntaria sino forzosa.

No haber cumplido la edad ordinaria de jubilación: su rebasamiento y la cotización

Respecto de este requisito, en puridad, la modificación atañe, más que a las condiciones generales, a lo relativo al subsidio por desempleo para mayores de 52 años –por lo que se remite al epígrafe correspondiente de este texto, *infra*; si bien existe una nueva norma según la cual los trabajadores que continúen trabajando más allá del cumplimiento de los 65 años y tengan 35 o más años cotizados no tienen que cotizar –tampoco sus empresarios– entre otras contingencias, por desempleo (Disp. Ad. Vigésima primera 3, en relación con el art. 112.bis, ambos de la LGSS en redacción introducida por el RD-Ley 16/2001, de 27 diciembre).

Cabe una cuestión interpretativa con respecto a esta nueva previsión. La Disp. Ad. citada realiza «la exoneración prevista en el art. 112.bis» y según este, «si al cumplir 65 años de edad el trabajador no tuviere cotizados 35 años, la exención a que se refiere el apartado anterior será aplicable a partir de la fecha en que se acrediten los 35 años de cotización efectiva». Este precepto engrana perfectamente con su presupuesto y su teleología, pues es claro que la exoneración de cotizaciones, además de un incentivo para continuar trabajando más allá de los 65 años, no perturba la lógica del sistema, habida cuenta de que con 65 años cumplidos y 35 cotizados el porcentaje de pensión de jubilación que se obtiene es del 100%, de modo que el hecho de que el trabajador continúe en su puesto supone en todo caso un ahorro para el Sistema, siendo así que, también según nueva legislación, cada año adicional de cotización a partir de los 65 y con 35 cotizados aumentará la pensión en un 2%, por encima del 100% ya alcanzado. La exoneración, entonces, no se da si no se tienen los 35 años cotizados, porque el trabajador deberá contribuir al Sistema hasta alcanzar el 100% y sólo desde que se alcance dicha carencia, procederá la exoneración (art. 163.2 LGSS inserto por el RD-Ley 16/2001, de 27 diciembre).

Este mecansimo, como se dice, guarda coherencia interna, porque, por decirlo sencillamente, las cotizaciones que se realizan para la jubilación después de los 65 años, cuando no se tienen 35 cotizados, «sirven», para aumentar el porcentaje de Base Reguladora. Sin embargo, no sucede lo mismo en el caso del desempleo, habida cuenta de que no se ha derogado, ni matizado, la norma según la cual para tener derecho a prestaciones por desempleo no ha de haberse cumplido la edad ordinaria de jubilación (65 años) si se tiene derecho a pensión –no a la pensión máxima posible, al 100% de la base reguladora– (art. 207.d LGSS). La consecuencia, por tanto, siguiendo la lógica de los nuevos preceptos, es que la cotización al desempleo no sirve de nada aunque no se tengan 35 años cotizados –basta con que se tengan 15– pues el trabajador que por

encima de los 65 pierda su empleo se ve obligado a jubilarse dado que no se le concederán prestaciones por desempleo.

Es obvio que cabría una interpretación correctora y teleológica del precepto, de conformidad con la cual la exoneración de la Disp. Ad. Vigésima primera .3 LGSS (para desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional) fuera independiente de la de contingencias comunes que realiza el art. 112.bis LGSS y por tanto no sometida al requisito de tener los 35 años cotizados –que es un requisito claramente referido a la jubilación–. Sin embargo, es una interpretación que choca en buena medida con la literalidad del precepto que habla de la exoneración «prevista en el art. 112.bis», de modo que parece operar una remisión en bloque y con sus requisitos a la norma citada.

± Desempleo e incapacidad temporal, maternidad y excedencias por cuidado de familiares

Presentada como una de las reformas de mayor calado en cuanto al desempleo, de las que realiza la última «Ley de acompañamiento» 24/2001, de 27 diciembre, lo cierto es que el art. 222 LGSS ha sufrido una radical remodelación, cuyo fin es, según todos los indicios, alcanzar la igualdad de tratamiento entre situaciones que no merecen ser diferenciadas, a la vez que evitar la tentación de fraude que motivaba la redacción anterior, fraude, por tanto, que ciertamente era mejor no combatir directamente sino erradicando la norma que, en mucha parte, era su causa. Así, son los siguientes los tratamientos que ahora se adoptan en la confluencia de las contingencias protegidas:

■ En el supuesto de que en el momento de extinción del contrato que da derecho a prestación por desempleo el beneficiario se encuentre en situación de incapacidad temporal, seguirá en esta situación hasta su extinción, pasando después a percibir la prestación por desempleo, pero sólo por el tiempo que reste como si la prestación hubiera nacido tras la extinción del contrato. De hecho, el subsidio de IT, tras la extinción, se percibirá «en cuantía igual a la prestación por desempleo» (primera duda interpretativa: ¿también en el caso de que extinguida la IT no haya derecho a prestación por desempleo? Creemos que no, puesto que la norma se refiere, con toda evidencia, sólo al supuesto de procedencia de ambas prestaciones) y el INEM asume, en cuanto a cotizaciones, la aportación que corresponde al trabajador en su totalidad por todo el período que se descuenta como consumido por el disfrute del subsidio de IT tras la extinción (segunda duda interpretativa: ¿y si todo el tiempo que hubiera correspondido prestación por desempleo transcurre en IT? Creemos, entonces, que el INEM deberá igualmente ingresar las cotizaciones como si se hubiera disfrutado de la prestación por desempleo. Por el tiempo de

IT que subsista, una vez agotado el tiempo teórico de la prestación de desempleo, como antes de la reforma, no habrá cotización. ¿Cuál será, para este tiempo, la cuantía del subsidio de IT? La respuesta es, otra vez, la duda interpretativa primera).

Se conjura, con esta nueva redacción la desigualdad que suponía el anterior art. 222 LGSS, que sumaba linealmente los tiempos de IT y desempleo cuando la extinción contractual se producía vigente la primera, y los superponía, sin embargo, compensando el tiempo de IT con el de desempleo, cuando ésta acaecía una vez nacida la prestación de desempleo. Esta desigualdad además fomentaba una suerte de fraude de Ley –aunque incluso nos parece demasiado duro tachar la conducta de fraudulenta-, por cuanto los beneficiarios procuraban iniciar su situación de IT –en la medida de sus posibilidades– previamente a la extinción del contrato, para así sumar al período de IT el de desempleo posterior, y obtener un considerable tiempo superior de subsidio de su situación de falta de empleo.

Se homologan asimismo las situaciones cotizatorias de los beneficiarios en ambos casos, habida cuenta de que con anterioridad, el período de la IT iniciada antes de la extinción contractual inmediato posterior a ella quedaba vacío de cotización –por falta de previsión de un obligado a realizarla–.

■ Si la situación de concurrencia se produce entre la maternidad y el desempleo, en términos similares a la anterior, sin embargo, no se producirá la subsunción entre los tiempos de maternidad y los de desempleo cuando la maternidad comenzó antes de la extinción del contrato. La razón de esta diferencia acaso esté en la necesidad de fomento de la maternidad y de la conciliación de la vida laboral y familiar que el Ordenamiento ha detectado hace ya al menos un quinquenio. Sin embargo, entonces, no se explica por qué no sucede así también cuando la situación de maternidad acaece una vez comenzado el disfrute de prestación por desempleo total, en cuyo caso, según la nueva ley, el beneficiario percibirá la prestación por maternidad en la cuantía que corresponda (no en la cuantía de la de desempleo, como sucede con la IT), pero el período de percepción de la prestación de desempleo «no se ampliará por la circunstancia de que el trabajador pase a la situación de IT o maternidad». Como en la norma anterior, ahora derogada, también el INEM continuará satisfaciendo las cotizaciones a la Seguridad Social en estos casos.

Conviene también, en este punto, hacer referencia a la regulación reglamentaria sobre las prestaciones de maternidad y riesgo durante el embarazo, también nueva y promulgada por el RD 1251/2001, de 16 noviembre, cuyo articulado, por razón de jerarquía normativa, habrá de ser interpretado de conformidad con este nuevo art. 222 LGSS.

Así, han de verse cada una de las situaciones que contempla el art. 9.4 RD 1251/2001, de 26 diciembre, precepto que parte en todo caso del supuesto de extinción del contrato de quien ve interrumpida su situación de IT por la de descanso por maternidad, regulando los siguientes supuestos cronológicos:

1. Extinción producida una vez iniciado el descanso por maternidad. La norma reglamentaria establece que se mantendrá el descanso por maternidad. Y si acabado éste persiste una situación de IT, se reanuda el cómputo interrumpido y el abono del subsidio (art. 9.4.1^a RD 1251/2001). A la luz del nuevo art. 222 LGSS, habrá que matizar que en este supuesto el cómputo de la prestación por desempleo no comenzará hasta el agotamiento de la prestación de maternidad (art. 222.2 LGSS), pero se reanudará, computándose y compensándose con él, cuando finalizada aquella se reanude el subsidio de IT (art. 222.1 LGSS). La cuantía de este subsidio será la inicialmente determinada, puesto que se habla de reanudación del subsidio (art. 222.3 LGSS).

2. Extinción producida antes del inicio del descanso por maternidad. La sincronización de este supuesto (art. 9.4.2^a RD 1251/2001) con el art. 222 LGSS es más complicada de captar a primera vista. La norma reglamentaria prevé que en todo caso nacerá el subsidio de maternidad, aunque no se haya pasado a la situación de desempleo, o esta situación se hubiera extinguido durante la IT precedente a la maternidad –extremo este, por cierto que guarda coherencia con la norma legal sobre superposición del cómputo de la IT y el desempleo (art. 222.1 LGSS), de aparición posterior en el ordenamiento–. En todo caso, ha de entenderse, que durante todo el tiempo previo al nacimiento del subsidio por maternidad, habría de mantenerse la situación de IT, pues si no se mantendría la protección por maternidad en situación de eterna pendencia. Además, así lo confirma el segundo párrafo del art. 9.4.2^a RD 1251/2001, que recoge la doctrina jurisprudencial según la cual la protección por maternidad se causa si no hay solución de continuidad entre la IT y ella, pese a que no exista contrato de trabajo en vigor –lo que supondría, en puridad, una situación de falta de alta obstativa al nacimiento del subsidio de maternidad.

Aquí, sin embargo, la norma reglamentaria contempla un supuesto que no contempla la norma legal. Así, mientras que ésta última sólo contempla, por separado, la combinación entre maternidad y desempleo e IT y desempleo, la reglamentaria contempla la combinación de las tres contingencias. Sin embargo, no hay contradicción entre ambas normas. Sucede, que con la sola norma legal queda claro que el nacimiento de la prestación de maternidad antes del desempleo supone la suma de los tiempos de ambas prestaciones (art. 222.1 LGSS) y, aparentemente, el nacimiento del desempleo antes de la maternidad, supone la

superposición de esos tiempos, que así se compensan (art. 222.3 *in fine* LGSS). Pero esto es sólo una primera impresión, pues es claro que para que esa superposición se de, tienen que coincidir ambos tiempos, de modo que si el tiempo de la maternidad no se ha agotado cuando se ha agotado el de desempleo, la protección continuará por el tiempo que falte de aquella. Lo mismo sucede, como se verá, en los casos de simple combinación entre IT y desempleo, con la diferencia, como veremos, de que en ellos, si la IT no es recidiva, el subsidio de IT a percibir tras el fin del desempleo sufre una considerable limitación en el nuevo art. 222 LGSS.

¶ Nuevo es también el tratamiento de la *recidiva* en conjunción con las prestaciones de desempleo. Según el nuevo art. 222 LGSS si, comenzado el disfrute de la prestación por desempleo (siempre total) se incurre en un proceso de IT con recidiva, se percibirá la prestación de IT en la misma cuantía que la que tendría la de desempleo a la que sustituye, y si la IT continúa una vez finalizado el período de duración de la prestación de desempleo, la ley prevé que «seguirá percibiendo la prestación por incapacidad temporal en la misma cuantía en la que la venía percibiendo». Aun cuando ciertamente esta última previsión no es del todo clara, cabe entender que se trata de la cuantía equivalente a la prestación por desempleo de la que viene de hablar inmediatamente antes el mismo precepto. En todo caso, esta regulación no se diferencia en nada de la anterior, pero sí se establece una diferencia, y de importante calado, cuando la IT acaecida durante el desempleo no es recidiva. En tal supuesto, según la nueva ley –con anterioridad no había diferencia alguna, y por tanto, el mismo tratamiento tendría la IT, fuera o no recidiva– si el beneficiario continuase en situación de IT una vez finalizado el período de protección por desempleo, «seguirá percibiendo la prestación por incapacidad temporal en cuantía igual al 75% del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de pagas extras (sic)».

A todas luces se produce pues un recorte en la protección de estos supuestos, pues, a salvo mejor interpretación, y a salvo de previsión legal anterior sobre la superación por el período de IT del período de desempleo, la conclusión más segura es que se seguiría percibiendo el subsidio de IT hasta la extinción de esta contingencia, sin variación en su cuantía respecto de la última percibida en la situación de superposición entre IT y desempleo (aunque no se encuentra mucha doctrina jurisprudencial sobre el tema, así lo admite implícitamente la STSJ Madrid 28 enero 1999, Ar. 520; STSJ Cataluña, 23 marzo 2000, Ar. 5540; STSJ Castilla-La Mancha 18 septiembre 2000, Ar. 4388; también incidentalmente STS 5 julio 2000, Ar. 8325; STSJ Canarias, Santa Cruz de Tenerife 3 marzo 1998, Ar. 706 y con menos seguridad STS 4 julio 2000, Ar. 6288; STSJ Andalucía, Sevilla 2 diciembre 1999, Ar. 7276. Otros asuntos de temática distinta

pero conexas también parecen apuntar en esa dirección. *Vid.* STSJ Galicia 21 diciembre 1999, Ar. 6611; STSJ Cataluña 16 febrero 1999, Ar. 897). Ahora, sin embargo, cuando la IT no es recidiva, el subsidio sufre una drástica rebaja. No es fácil adivinar la intención de este precepto y, sobre todo, explicar por qué se ha contemplado de esta manera la recidiva y no, por ejemplo, lo que hubiera parecido considerablemente más razonable, se ha llevado este tratamiento diferenciado a las situaciones de IT provenientes de contingencias profesionales con respecto de las comunes, si bien, dicho sea de paso, salvo que se piense una vez más en la sospecha de fraude que recae sobre los beneficiarios del sistema, tampoco tienen por qué ser tratadas de forma diferente las contingencias profesionales y las comunes en supuestos como el contemplado en que el coste se carga directamente al sistema y no a las empresas –a través de la cotización– o a las Mutuas que protegen los riesgos profesionales.

3. Nivel contributivo

3.1 Prestación y trabajo a tiempo parcial

a) Duración de la prestación

Si hubo períodos de ocupación cotizada a tiempo parcial, su cómputo a efectos carenciales es dudoso, pues tras un período de incertidumbre sobre si dichos períodos se computaban en función de las horas trabajadas totalizándolas por días, o se computaba un día trabajado por cada día en que existiese cotización, con independencia de a cuántas horas correspondía dicha cotización, existiendo normas contradictorias, la normativa vigente sobre cotización específica en trabajo a tiempo parcial omite la referencia al desempleo, sin que parezca haber sido derogada, al menos expresamente, la norma según la cual, en materia de desempleo «cuando las cotizaciones acreditadas correspondan a un trabajo a tiempo parcial o a trabajo efectivo en los casos de reducción de jornada, cada día trabajado se computará como un día cotizado, cualquiera que haya sido la duración de la jornada» (art. 2.2 RD 144/1999, de 29 enero y art. 3.4 RD 625/1985, de 2 abril).

El problema proviene de la aparición en el ordenamiento de una norma, inicialmente de rango reglamentario, según la cual «en los supuestos de contratos de trabajo a tiempo parcial, a efectos de reunir los períodos mínimos de cotización exigidos en el Régimen de que se trate, para causar derecho a las prestaciones correspondientes, se computarán las horas o días efectivamente trabajados. A tal fin, cuando se trate de trabajo por horas, el número de días teóricos computables será el resultado de dividir la suma de las horas efectivamente trabajadas por el nú-

mero de las que constituyan la jornada habitual para la actividad de que se trate» (Disp. Ad. Novena RD 2319/1993, de 29 diciembre). Lo que se planteaba en primer lugar es la regularidad y alcance de la norma. Al respecto se adoptaron varias posturas que aunque con diversos argumentos, pueden sintetizarse así:

a) Dicha norma nació nula por no tener en el momento de su promulgación cobertura legal, por tanto, «*quod nullum est nullum effectum produxit*», sin que la posterior cobertura legal, cuando el mismo texto apareció con rango de Ley (art. 4.3 Ley 10/1994, de 19 mayo), sanara el vicio de nulidad, y la norma no debe aplicarse, debiendo en todo caso esperarse a la promulgación del nuevo reglamento que preveía la norma con rango de Ley posterior.

b) La norma se promulgó en momento de vacío legal sobre el particular, por lo que surtió sus efectos, pero al promulgarse la norma legal (Ley 10/1994), previendo una nueva reglamentación de futuro, desde el momento de entrada en vigor de ésta dejó de tener eficacia hasta su efectivo desarrollo reglamentario (STSJ Castilla y León, Burgos, de 17 mayo 1996, AS 1515).

c) El nacimiento sin cobertura legal de la norma la hacía inaplicable, pero la Ley (Ley 10/1994) le dio la cobertura legal precisa, por lo que desde el momento de su entrada en vigor ha de considerarse vigente (STSJ de Castilla-La Mancha de 29 mayo 1996, AS 1684 y STSJ Cataluña 7 marzo 1996, AS 625).

d) Amalgamando las teorías b) y d), o sin plantearse su génesis, se ha opinado también que la norma era perfectamente válida y aplicable desde su promulgación (STSJ País Vasco de 15 marzo 1996, AS 475; STSJ Madrid de 30 marzo 1995, AS 1313 y STSJ de La Rioja, de 18 mayo 1995, AS 1796).

A la dificultad de optar por una de las anteriores soluciones expuestas, se unen dos problemas más.

1) En el caso de que la aceptada fuera de las que mantienen en vigor la norma, desde una u otra fecha, el primero es el de la producción de efectos, en los términos siguientes: si ha de aplicarse el modo de cómputo restringido a toda prestación cuyo hecho causante se produzca con posterioridad a la vigencia (solución adoptada, en otro caso por ejemplo, en materia de eficacia de cuotas en el RETA, con la modificación operada por la Ley 22/1993, por la STS en unificación de doctrina de 11 octubre 1996, RJ 7618), o bien el cómputo de los períodos cotizados ha de someterse en cada momento a la normativa vigente en el momento en que la cotización se produjo (SSTSJ La Rioja de 18 mayo 1995, AS 1796; Cataluña 13 marzo 1996, AS 1870 y Castilla-La Mancha 29 mayo 1996, AS 1684).

2) El segundo, es el de su aplicabilidad a la normativa de desempleo, en tanto que ninguna salvedad hace al respecto la norma, habiendo du-

rante el mismo tiempo una norma del mismo rango, (art. 3.4 RD 625/1985, de 2 abril) que para el caso del desempleo aplicaba la regla -día cotizado es día computado, con independencia de si la cotización es por jornada completa o parcial-, siendo el art. 4.3 Ley 10/1994, el que por primera vez incluye expresamente la protección por desempleo a los efectos que regula. La solución a este último problema derivaría de que se aplicase bien el criterio «*lex posterior derogat anterior*» o bien el de «*lex specialis derogat generalis*». Este segundo problema presenta a su vez dos momentos cronológicos diferentes, que pudieran incluso condicionar una solución distinta, a saber, antes y después de la entrada en vigor de la Ley 10/1994, que incluye por vez primera entre las prestaciones a que se aplica lo regulado la de protección por desempleo, inclusión que no está en la norma reglamentaria inicial (D.A. 9ª RD 2319/1993, de 29 diciembre), debiendo tenerse en cuenta además que la Ley 10/1994 remite a posterior regulación reglamentaria, sin que se derogue expresamente el art. 3.4 RD 625/1985.

En fin, al renovarse la regulación del trabajo a tiempo parcial, se introduce una nueva norma con rango legal según la cual «para determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones por desempleo se estará a lo que se determine reglamentariamente en su normativa específica» (Disp. Ad. 7ª.1.cuarta.1 LGSS, redactada por art. 2.2 RD-Ley 15/1998, de 27 noviembre y art. 2.2 RD 144/1999, de 29 enero), de modo que el efecto es, en definitiva y como se adelantaba al principio, la vigencia de la norma según la cual para el desempleo, un día cotizado es un día computable, con independencia de si la cotización se produjo por una jornada completa o parcial, tal como contiene la norma reglamentaria (art. 3.4 RD 625/1985, de 2 abril) que, o bien nunca fue derogada a través de la procelosa sucesión de normas que se acaba de describir, o bien ha recibido una suerte de «resurrección» por la última norma legal no menos curiosa (véase STSJ Cantabria 17 julio 2000, AS 3336; STSJ Madrid 13 enero 2000, AS 1165).

Téngase en cuenta, no obstante, que según el desarrollo reglamentario vigente del trabajo a tiempo parcial, a efectos de cubrir los períodos carenciales, «no serán computables las cotizaciones efectuadas por los trabajadores contratados a tiempo parcial, por duración inferior a doce horas a la semana o cuarenta y ocho horas al mes, durante los períodos que hubieran estado excluidos de protección por dichas contingencias» (Disp. Trans. 2ª RD 144/1999, de 29 enero). Tales períodos son los comprendidos entre el 24 de mayo de 1994, fecha de entrada en vigor de la Ley 10/1994, de 19 de mayo, que regula el contrato a tiempo parcial excluyendo de protección, entre otras contingencias, por desempleo a los contratos referidos (art. 4.3), hasta la entrada en vigor del propio RD 489/1998, de 27 marzo, puesto que la derogación de la normativa sobre

contratos a tiempo parcial de duración inferior a 12 horas a la semana o 48 al mes se produce por el RD-Ley 8/1997, de 16 mayo, cuya Disp. trans. 4ª.2 ordena que, hasta que se produzca el desarrollo reglamentario pertinente para la protección de las contingencias hasta entonces excluidas, «se seguirán aplicando, hasta la indicada fecha, las normas en vigor referentes a dicha modalidad de contratación». Idéntico precepto se contiene en la Ley 63/1997, de 26 diciembre (tramitación como Ley del RD-Ley anterior), bajo cuya vigencia se promulga el citado RD 489/1998, de 19 mayo, que contiene una Disp. Trans. 2ª de idéntico tenor a la del RD 144/1999, de 29 de enero, ahora vigente y que deroga al anterior.

Distinto es el caso de la determinación de la duración de la prestación cuando se han disfrutado previamente prestaciones por desempleo parcial, que pueden o no, según el supuesto, afectar a la duración de una prestación subsiguiente, que tenga o no solución de continuidad con ellas. Ello tiene que ver con las posibilidades de situación legal de desempleo que pueden darse en relación con la parcialidad de la jornada bien del empleo que se pierde o del que se mantiene durante la situación legal de desempleo. A ellas nos referimos también más abajo, en el apartado relativo a la cuantía de la prestación. Así pues, y en el caso más sencillo, si se disfruta de una situación de desempleo parcial, a la que sigue, sin solución de continuidad otra de desempleo total derivadas ambas de la inicial reducción de jornada y posterior extinción de un empleo por cuenta ajena a jornada completa, los días consumidos en prestación por desempleo parcial deben ser descontados de la duración de la inmediatamente subsiguiente prestación por desempleo total (STSJ Madrid 9 abril 1996, AS 2015; STSJ Cataluña 12 abril 1996, AS 1435) y debe ser descontado un día de prestación por cada día disfrutado en desempleo parcial, aunque, como es evidente, en tales días la prestación de desempleo sólo se consumió por la parte proporcional de la jornada reducida (SSTS 3 noviembre y 23 diciembre 1994, RJ 8589 10228; 6 y 28 marzo, 19 mayo 1995, 3 y 26 julio, 10 octubre, 13 y 29 noviembre 1995, RJ 1749, 4437, 3989, 5471, 6343, 7680, 8406 y RJ 8769). La situación de desempleo es, así pues, una sola, aunque lo sea primero parcial y luego total.

Si existe, sin embargo, solución de continuidad, habrá de estarse a las normas generales sobre suspensión o extinción de la prestación por desempleo. Así, si entre la situación de desempleo parcial por reducción de jornada y la de desempleo total por extinción del mismo contrato de trabajo, existe un período de prestación de servicios a tiempo completo de duración inferior a un año, tras el que se produce dicha extinción, se tratará de un supuesto de suspensión de la prestación inicialmente nacida como desempleo parcial, y por tanto, de la prestación de desem-

pleo total habrán de descontarse los días percibidos como prestación de desempleo parcial (art. 212.1.d LGSS). Si por el contrario ese período dura más de un año, el efecto será la opción establecida en la Ley (art. 210.3 LGSS), entre disfrutar de la prestación por desempleo generada por este nuevo trabajo en su integridad o bien optar por reanudar la anterior, descontándose de ella, en este caso, los días de prestación por desempleo parcial percibidos con anterioridad (STSJ Cataluña 5 diciembre 1996, AS 4977; STSJ Castilla y León (Burgos) 3 febrero 1995, AS 547; STSJ Galicia 15 septiembre 1994, AS 3414).

b) Cuantía de la prestación

Si el desempleo es parcial la prestación se determinará según las reglas generales (art. 211.2 LGSS y art. 4.4 RD 625/1985, de 2 abril), en proporción a la reducción de la jornada de trabajo (art. 211.4 LGSS), y si lo que sucede es que el empleo que se perdió era a tiempo parcial, pero perdido ese empleo, la situación es de desempleo total, las cuantías mínima y máxima se determinarán teniendo en cuenta el tope del SMI que hubiera correspondido al trabajador en función de las horas trabajadas (art. 211.3 LGSS).

Así pues, las situaciones de desempleo en relación con la parcialidad de la jornada dan lugar a situaciones diversas; a saber:

- la reducción de jornada (como se sabe, si es transitoria y ha sido autorizada por expediente de regulación de empleo), provoca una situación de desempleo parcial. En tal caso, y puesto que la base reguladora de la prestación se calculará conforme a las bases de cotización por tiempo completo existentes antes de la reducción de jornada, la cuantía se determinará proporcionalmente a la reducción de jornada. Si con posterioridad el contrato de trabajo resulta extinguido, según parece, se percibirá la misma prestación, ya en su totalidad, pero habrán de reputarse totalmente consumidos los días en que la prestación se recibió parcialmente por la reducción de jornada anterior. Será pues la duración y no la cuantía de la prestación la que resulte afectada en estos casos (STSJ Madrid 9 abril 1996, AS 2015; STSJ Cataluña 12 abril 1996, AS 1435).

- en el supuesto de pérdida de un trabajo a tiempo parcial, si es el único que se desarrollaba, la situación de desempleo es total. La cuantía de la prestación se determinará de conformidad a las reglas generales, teniendo en cuenta únicamente que dicha cuantía, así determinada, no podrá superar el límite del SMI en proporción a las horas trabajadas (art. 211.3 i.f. LGSS). Es decir, por ejemplo, que si el trabajo perdido ocupaba la mitad de la jornada, y el trabajador no tiene hijos, la cuantía no puede superar la mitad del 170% del SMI. Son así pues sólo los topes de la prestación los que se ven afectados, en estos casos, por la parcialidad del empleo perdido, pero no la cuantía, a la que no ha de aplicarse propor-

ción alguna (no, desde luego, la del art. 211.4, que se refiere a la situación de desempleo parcial; STSJ Andalucía (Málaga) 26 junio 1998, AS 3555), pues la cotización con cuyas bases se ha calculado la base reguladora de la prestación ya correspondía al trabajo a tiempo parcial perdido.

■ en cualquiera de los casos en que se pierda un trabajo, sea éste a tiempo completo o lo sea a tiempo parcial, si existía situación de pluriempleo y se mantiene otro trabajo a tiempo completo, no hay situación legal de desempleo y por tanto no hay derecho a prestación (art. 15.3 RD 625/1985, de 2 abril). (No obstante, para un caso dudoso sobre si el trabajo mantenido es o no a tiempo completo –personal estatuario facultativo, médicos de cupo y zona– véanse, contradictorias, las SSTSJ Madrid 29 abril 1997, AS 1372 y 21 noviembre 1996, AS 3745 que consideran que es un trabajo a tiempo completo y TSJ País Vasco 28 marzo 2000, AS 591, que considera que no lo es. A nuestro juicio, tienen razón las primeras).

■ si, en la situación de pluriempleo, se pierde un trabajo a tiempo completo y se mantiene un trabajo a tiempo parcial, existe derecho a la prestación por desempleo, y se está ante un caso de compatibilidad de la prestación con el trabajo a tiempo parcial. Entonces, «se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado» (art. 221.1 LGSS, art. 15.3 RD 625/1985, de 2 abril). Dicha deducción supone que debe determinarse la proporción de jornada que ocupa el trabajo a tiempo parcial que se mantiene, y de la prestación determinada por la pérdida del trabajo a tiempo completo, sólo ha de abonarse un porcentaje igual al tiempo de jornada que, en función de la jornada ordinaria del sector del trabajo a tiempo parcial que se mantiene, no está ocupado en ese mismo trabajo, vgr., si el trabajo a tiempo parcial mantenido ocupa el 75% de la jornada ordinaria en su sector, sólo se satisfará el 25% de la prestación relativa al trabajo a tiempo completo que se pierde (STSJ Cataluña 8 enero 1998, AS 5090).

■ si lo que existe es la realización de varios trabajos a tiempo parcial, la determinación de las prestaciones correspondientes se realizará en función de si su pérdida deja al beneficiario en situación de desempleo parcial (sólo se pierde alguno de los trabajos a tiempo parcial, pero se mantiene alguno) o total (se pierden todos los trabajos a tiempo parcial mantenidos). La regla general, en tales casos, es que cada trabajo a tiempo parcial genera, en caso de pérdida, su propia prestación por desempleo, sin que se vea influido por los restantes mantenidos (STS 9 julio 2001; STSJ Cataluña 3 diciembre 1999, AS 399). Así, según la norma «cuando el trabajador realice dos trabajos a tiempo parcial y pierda uno de ellos, tendrá derecho a percibir la prestación o subsidio por desempleo que le corresponda, sin deducción alguna. La obtención de un nuevo trabajo a tiempo parcial será incompatible con la prestación o subsidio que se le

hubiera reconocido» (art. 15.4 RD 625/1985, de 2 abril). Pero esta previsión, según la doctrina jurisdiccional, será aplicable, de modo lógico, según los distintos trabajos realizados a tiempo parcial rebasen o alcancen o no la jornada completa (STSJ Galicia 16 septiembre 1998, AS 2806) en su cómputo conjunto.

Así, es claro que generarán, como la norma dice, independientemente sus prestaciones si sumados no alcanzan, en ninguno de los sectores a que corresponden los trabajos, la jornada completa, pero no lo es tanto si no sucede así, y ello aun cuando la suma de los porcentajes relativos de jornada en cada sector supusieran una cantidad inferior al 100%. De hecho, los Tribunales de justicia han considerado que la regla general expuesta opera en los casos de existencia de sólo dos trabajos a tiempo parcial, pues si se mantiene una situación de «sobre-empleo», en que, vgr., se ocupan tres trabajos a tiempo parcial y se pierde uno de ellos, dicha situación puede no ser constitutiva de situación legal de desempleo (STSJ Aragón 22 julio 1998, AS 2757).

1.1 La suspensión de la prestación

a) Suspensión de un mes de la prestación como sanción: su impugnación jurisdiccional

No plantea problemas en sí misma la «suspensión» sancionadora por no comparecer previo requerimiento del INEM, no renovar la demanda de empleo o no comparecer a una oferta de trabajo (art. 212.2 y 3 LGSS, art. 13.2 RD 625/1985, de 2 abril), que en realidad no es tal suspensión, pues el mes de prestación suspensa se pierde.

Pero la impugnación jurisdiccional de esta sanción, cuyo conocimiento corresponde al orden social de la Jurisdicción (art. 233 LGSS), da lugar a un variado elenco de resoluciones jurisdiccionales carentes de unidad en cuanto a su forma y contenido. Así, para empezar, y aunque algunas salas han admitido el recurso de suplicación contra las sentencias de instancia sobre estos asuntos (vgr. STSJ Aragón 4 diciembre 1996, AS 4037), otras, mayoritariamente, consideran que no cabe contra las sentencias de instancia recurso de suplicación, tanto porque por razón de la cuantía (en virtud de la jurisprudencia del TS según la cual en materia de prestaciones de la Seguridad Social, y no tratándose de su reconocimiento o denegación, deben superarse las 300.000 ptas. en cómputo anual) no se alcanza el límite mínimo fijado, como porque por razón de la materia, no se trata de impugnación de sanción muy grave sino leve (art. 189 LPL). Sin embargo, las salas, en cuanto a esta inadmisión del recurso, no utilizan las mismas resoluciones judiciales para decidir, de modo que mientras algunas lo hacen por medio de Sentencia (STSJ Castilla-La Mancha 28 enero 2000, AS 254), otras declaran esta inadmisibilidad por medio

de Auto (entre otros, ATSJ Madrid 9 enero, 10 julio y 29 septiembre 1997, n.º de autos 6165/96, 3512/97 y 4362/97). Dicha diferencia en la forma de la resolución es importante, por cuanto las posibilidades de recurrir contra ella dependen precisamente de su forma, de modo que mientras contra la sentencia de suplicación cabe interponer recurso de casación para unificación de doctrina, contra el auto de la Sala del TSJ sólo cabe recurso de súplica ante la misma Sala.

En cualquier caso, la última jurisprudencia sobre este asunto parece concluir que el recurso de suplicación es admisible, pues aunque por las razones antes citadas y específicamente descartando la afectación general, la STS 21 febrero 2000, RJ 2059 rechaza la posibilidad de interposición de recurso de suplicación, la posterior STS 26 septiembre 2000, RJ 9645, que sigue a las de 5 abril 2000, RJ 3281 y de 14 de abril de 2000, RJ 5881, lo admite, en particular dado que a la sanción de pérdida de un mes de prestación, que en efecto no alcanza las 300.000 ptas., se une la de pérdida de la inscripción como desempleado, que supone un conjunto de derechos de valor inestimable (STSJ Aragón, 4 junio 2001).

*b) Suspensión por realización de trabajo inferior a doce meses:
el trabajo por cuenta propia.*

En cuanto al tipo de trabajo (por cuenta propia o ajena, o susceptible o no de cotización por desempleo) que hace operar la causa suspensiva, la doctrina jurisdiccional está igualmente dividida. Así, existe una posición según la cual si el trabajo es por cuenta propia o por cuenta ajena que no genera derecho a prestación (contratos de formación, empleados del hogar, trabajo a tiempo parcial de menos de 12 horas a la semana o 48 al mes realizado entre el 24 mayo 1994 y el 1 mayo 1998), la suspensión se mantiene aunque la duración sea superior a un año (STS 18 marzo 1998, Ar. 3252, en Sala General, pero con voto particular discrepante de seis Magistrados; STSJ Castilla-La Mancha 16 mayo 1997, AS 2520; STSJ Andalucía (Sevilla) 26 marzo 1998, AS 2001). Dicha opinión se basa, fundamentalmente, en dos órdenes de razones: la primera, en una interpretación sistemática y espiritualista de la legislación, dado que si el trabajo de duración igual o superior a doce meses extingue las prestaciones, lo hace precisamente porque dicho trabajo genera por sí mismo nuevas prestaciones –no dejando así al beneficiario en situación precaria, en caso de cese–, lo que se ve corroborado al ofrecer la normativa correspondiente (arts. 213.1.d y 210.3 LGSS), en tales casos, la opción por disfrutar la nueva prestación generada o «resucitar» (Romero) la antigua, inicialmente extinguida, por el período que restase de su disfrute. La segunda, porque si se entiende que el trabajo por cuenta propia –que no genera derecho a prestaciones por desempleo– de duración superior a un año extingue la prestación anterior generada y no disfrutada,

se hace de mejor condición al desempleado pasivo, que generada la prestación confía en su disfrute, que a quien trata de remediar su situación de desempleo mediante la opción, no exenta de riesgos, del trabajo autónomo, y se potenciaría así, en definitiva, el desempleo en lugar del empleo. En contra de esta postura, sin embargo, otras Salas defienden que cualquiera que sea la clase de trabajo que se realice, si su duración es igual o superior a un año, extingue la prestación generada y no agotada, dado el claro tenor literal de las normas legales (arts. 212.1.d y 213.1.d LGSS) que no hacen distinción alguna al efecto. Además, la redacción legal de la opción cuando se produce ese nuevo trabajo viene, en opinión de esta posición, a corroborar la solución descrita, por cuanto proporciona la opción «en el caso de que se le reconozca una nueva prestación» (art. 210.3 LGSS), de modo que contempla también los casos en que dicha prestación no se reconozca, como sucede cuando el trabajo es por cuenta propia (STSJ Castilla y León (Burgos) 8 marzo 1995, AS 930; STSJ Cantabria, 20 octubre 1995, AS 3807; STSJ Valencia 18 noviembre 1997, AS 4762). Por último la solución contraria, es decir, reconocer la suspensión de la prestación en los casos de trabajo por cuenta propia, con independencia de su duración, dejaría a las prestaciones de desempleo, en tales supuestos, en una situación de eterna pendeñencia, contraria a la seguridad jurídica.

En otro orden de cosas, el plazo para la solicitud de la prestación, si a la situación legal de desempleo sigue una situación de empleo autónomo –cuya duración sea inferior a un año– queda suspendido en su cómputo hasta el cese en ese empleo autónomo, dado el «principio de valoración positiva del trabajo» que la jurisprudencia viene invocando últimamente, y que en otro caso haría de mejor condición al desempleado que se conforma con percibir su prestación que a aquél con mayor diligencia que trata de remediar su situación de desempleo intentando desarrollar un trabajo autónomo (STS 11 julio 2001).

Extinción del derecho por sanción: la dualidad competencial y de órdenes jurisdiccionales

La Ley atribuye por una parte al INEM las competencias, entre otras, para la extinción de las prestaciones y su control, y el reintegro de pagos indebidos (arts. 226, 227 y 229 LGSS), lo que, por cierto, determina que el INEM pueda, de oficio, revisar por sí mismo sus actos declarativos de derechos sin tener que interponer demanda y exceptuando así el régimen general del art. 145 LPL (STS 21 marzo 2001, Ar. 3398). Por otra parte, y aunque en materia de infracciones y sanciones remite a la norma específica, la Ley reconoce la jurisdicción del orden social para el conocimiento de los recursos que se interpongan contra las resoluciones del

INEM y específicamente, las relativas a la exigencia de devolución de prestaciones indebidamente percibidas y «las relativas a la imposición de sanciones a los trabajadores por infracciones leves y graves» (arts. 232 y 233 LGSS).

Por su parte, la normativa específica sobre sanciones atribuye la competencia sancionadora al INEM para la imposición de sanciones por infracciones leves y graves y a la autoridad competente, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para las muy graves (art. 48.4 LISOS).

Esta doble atribución competencial determina, a su vez, la jurisdicción competente para conocer de la impugnación de la actuación sancionadora. Así, cuando la sanción haya sido impuesta por el INEM, en ejercicio de las competencias que le son atribuidas, será recurrible ante el Orden jurisdiccional Social. Por el contrario, cuando la sanción, por ser muy grave, haya sido impuesta por la autoridad competente –central o autonómica, según el caso (art. 48.5 LISOS)–, su impugnación, al tratarse de actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho administrativo en materia laboral, será conocida por el Orden Contencioso-administrativo (art. 3 LPL). Debe tenerse en cuenta, no obstante, que existe un precepto procesal, aun no en vigor, según el cual «los Órganos Jurisdiccionales del Orden Social conocerán de las pretensiones sobre: las resoluciones administrativas relativas a la imposición de cualesquiera sanciones por todo tipo de infracciones del orden social», pero para que este precepto entre en vigor, es preciso, según la propia Ley, el desarrollo de modalidades procesales específicas, cuya regulación determinará esa entrada en vigor y que aún no se han producido (art. 3 LPL en redacción dada por la Disp. Ad. 5ª Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a su vez redactada por la Disp. Ad. 24ª.2 Ley 50/1998, de 30 de diciembre).

4. Nivel asistencial

El refuerzo de los controles sobre el subsidio: nuevamente sobre la imputación presuntiva de fraude

La Ley 24/2001 inserta dos nuevos apartados, el 4 y 5, en el art. 219 LGSS. Hasta ahora, este precepto, intitulado «dinámica del subsidio» establecía sus momentos de nacimiento y extinción, y fue ya objeto de ampliación su texto en la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, para «aclarar» –porque la doctrina jurisdiccional ya venía interpretando que el devengo del subsidio exigía el mantenimiento de las condiciones (de carestía económica) que condicionaban su concesión– que la obtención

de rentas por encima del límite máximo, tras la concesión del subsidio, o la desaparición de las cargas familiares en su caso, motivarían también su extinción, pero pudiendo obtenerse nuevamente si volviera la situación de necesidad y se continuasen cumpliendo los requisitos exigidos (art. 219.2, 2º párrafo LGSS, inserto por Ley 13/1996).

Se introducen ahora dos nuevos preceptos de los cuales uno parece tener aplicación general y otro es específico para el subsidio para mayores de 52 años. Una primera vista de los nuevos mandatos predispone ya en su contra dado su exceso de redacción (se nos acusará de prejuicio, y no faltará razón, pero aparte los principios generales sobre la legislación de homogeneidad, exhaustividad y redacción articulada –los tres, por cierto, incumplidos por la Ley 24/2001, como por todas las de su clase– la concisión en las leyes es una condición elemental, tanto porque sólo los mandatos precisos y abarcables son posibles de retener en la mente, y por tanto de cumplir, como porque siendo el mecanismo de aplicación de las leyes necesariamente su interpretación, cuanto más texto, más dudas interpretativas, más opiniones, más inseguridad jurídica y por tanto menos eficacia).

La norma que introduce los dos nuevos preceptos (art. 34.diez Ley 24/2001) contiene un apdo. 2 en que hace aplicables las nuevas previsiones a los subsidios que ya hubieran nacido con anterioridad a su promulgación.

a) El nuevo control general sobre el subsidio

Con el nuevo texto legal (art. 219.4 LGSS) se elimina la prórroga automática de los subsidios según la cual –salvo las excepciones– se concedían por seis mes, prorrogables –automáticamente– hasta su duración máxima (como norma general, pero también muy exceptuada, dieciocho meses) (art. 216 LGSS). Ahora, los beneficiarios deben presentar cada seis meses una solicitud de prórroga «acompañada de la documentación acreditativa del mantenimiento de los requisitos de acceso». He aquí el primer problema interpretativo, que se traduce además en todo caso en una mayor burocratización del subsidio. ¿Cuál ha de ser esa «documentación» acreditativa? Siendo cada seis meses, es claro que no coincidirá con la fiscal en la mayoría de los casos, en que los beneficiarios sólo tramitan, si acaso, la correspondiente al IRPF –anual, como se sabe– y en cuanto a las cargas familiares, no parece que los libros de familia y demás documentos tengan un trámite ni una periodicidad de cambio aproximadamente semestral. Se somete así al beneficiario a una absurda reiteración de los mismos documentos –con ignorancia, por cierto, de lo que dispone el art. 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de procedimiento administrativo, que otorga a los administrados el derecho a no presentar documentos «que ya se encuentren en poder de la Administración actuante»–.

Por otra parte se somete este requisito al mismo plazo de 15 días cuyo transcurso opera la reducción del subsidio en los días transcurridos, según la norma general del art. 209.2 LGSS.

Este nuevo precepto además, condiciona la prórroga, pero a criterio del INEM –«podrá exigir», dice el texto– a la suscripción de «un compromiso de realizar acciones favorecedoras de su inserción laboral», prescripción que se nos antoja bastante prescindible por cuanto tales acciones están contempladas ya por el ordenamiento, como obligatorias para los beneficiarios, en el art. 213.1.b LGSS, aplicable, como se sabe, a los subsidios en virtud del propio art. 219.2 y según el cual el derecho se extingue, entre otras cosas, por la negativa del beneficiario a participar en «programas de empleo, o en acciones de promoción, formación y reconversión profesionales, salvo causa justificada». En el colmo de la precisión legislativa innecesaria, el precepto termina ordenando que «los servicios públicos de empleo aplicarán a los trabajadores que hayan suscrito el compromiso las citadas acciones», precepto también cuya sobra se comenta por sí sola.

b) El control específico del subsidio para mayores de 52 años

El nuevo art. 219.5 exige a los beneficiarios del subsidio para mayores de 52 años presentar al INEM, cada doce meses «una declaración de sus rentas, acompañada de la documentación acreditativa que corresponda». La falta de presentación, en los 15 días siguientes al cumplimiento del plazo, supondrá la interrupción del pago, con el efecto general de pérdida del subsidio hasta que se realice.

Como se ve, esta segunda nueva norma es simplemente una especificación de la anterior que especifica más la documentación acreditativa –declaración de rentas-. La duda, por tanto, es si esta exigencia específica desplaza a la general del nuevo art. 219.4 LGSS y así debe ser, so pena de convertir en inútil la previsión, pues si los beneficiarios del subsidio para mayores de 52 años tuvieran que presentar la documentación cada seis meses, según dispone la regla general del art. 219.4, el art. 219.5 quedaría vacío de contenido, porque su mandato entra dentro de lo que el primero manda hacer cada seis meses. Así pues, la virtualidad del 219.5 consiste en exonerar a los beneficiarios de la presentación de algunos de los documentos que exige el 219.4 –la solicitud de prórroga; el resto de documentos acreditativos de los requisitos de acceso, salvo del de las rentas– y en dilatar el plazo de presentación de 6 a 12 meses.

El subsidio para mayores de 52 años: aumento de su período de percepción

El RD-Ley 16/2001, de 27 diciembre, realiza una sencilla modificación del art. 216.3 LGSS que sin embargo supone una importante reforma de su régimen jurídico, pues supondrá, en muchos casos, un aumento de 5 años en la percepción de este subsidio.

En efecto, la Ley mantenía el subsidio, antes de la reforma, «hasta que el trabajador alcance la edad que le permita acceder a la pensión contributiva de jubilación, en cualquiera de sus modalidades». Y entre ellas, para la mayor parte de los trabajadores beneficiarios de este subsidio, estaba la jubilación anticipada a los 60 años, si han cotizado antes de 1967 (Disp. Trans. Tercera LGSS; Disp. Trans. Primera .9 O. 18 enero 1967). Este sólo hecho, así pues –el de haber cotizado antes de 1967–, les permitía «acceder a la pensión contributiva» en los términos del antiguo art. 216.3 LGSS y por tanto les obligaba a jubilarse si al cumplir los 60 años estaban percibiendo el subsidio por desempleo. El problema era que, en esta clase de jubilación anticipada, como se sabe, se descuenta un 8% de la base reguladora por cada año que falte para el cumplimiento de los 65 años, de modo que estos beneficiarios se veían obligados a aceptar la jubilación con una drástica rebaja del 40% en su cuantía. A este grupo habría que añadir, desde la promulgación del propio RD-Ley 16/2001, de 27 diciembre, uno nuevo, por la inserción de un nuevo art. 161.3 LGSS, de trabajadores que inscritos al menos durante seis meses como desempleados tengan al menos 30 años cotizados y cuyo contrato de trabajo no se extinguiera por su voluntad. Para ellos, la Ley posibilita ahora también la jubilación anticipada, a partir de los 61 años, con pérdida de un porcentaje de cuantía por año que falte hasta los 65 que oscila, en función de los años cotizados, entre un 6 y un 8%.

Pues bien, según el nuevo texto del art. 216.3 LGSS, que cumple en este punto con lo previsto en el punto IV.2.c, tercer párrafo del Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de la Seguridad Social suscrito por el Ejecutivo y el sindicato CC.OO en la primavera de 2001, el subsidio para mayores de 52 años se extenderá ahora «como máximo, hasta que el trabajador alcance la edad ordinaria que se exija en cada caso para causar derecho a la pensión de jubilación». La intención del precepto, probablemente, no es meramente subsidiar en mayor medida a estos desempleados, sino precisamente no apartarles del «mercado de trabajo» –lo que sucedía si se les obligaba a jubilarse– pues no se olvide que la percepción del subsidio está sometida a las reglas generales del desempleo, que implican la aceptación por el perceptor de un trabajo adecuado si les es ofrecido. Ello unido al resto de las medidas legales operadas últimamente –y en el propio RD-Ley citado– para fomentar el mantenimiento

de los trabajadores de mayor edad en activo, supondrá –si se obtiene el éxito esperado– un ahorro del sistema, al retrasar su jubilación.

1.3 La renta activa de inserción

Vaya por delante que pese a la concepción de la renta activa de inserción como una ayuda «con carácter específico y diferenciado del nivel contributivo y asistencial» del desempleo (E.M. RD 781/2001, de 6 julio), en realidad podría ser considerada una modalidad más de subsidio de desempleo con la simple particularidad de que combina el subsidio con la obligación del perceptor de realizar actividades específicas orientadas a mejorar su «empleabilidad».

Sobre ella nos referiremos únicamente a un punto en que la interpretación del texto normativo es más que dudosa. Se trata de la compatibilidad o no de la renta activa de inserción y el trabajo.

En este punto el reglamento plantea una dificultad interpretativa, derivada de la afirmación taxativa de que la renta se extingue por realización de trabajo de 6 o más meses (art. 5.1.d RD 781/2001, de 6 de julio); afirmación que es contradicha aparentemente por la de compatibilidad con el trabajo autónomo y por cuenta ajena que la propia norma también realiza (art. 5.4 RD 781/2001, de 6 de julio), pues si bien sería salvable, para el trabajo autónomo, la aparente contradicción entre preceptos, entendiendo que el trabajo autónomo compatible sería aquel cuya duración no alcanzase los seis meses, esta interpretación queda descartada cuando, respecto del trabajo por cuenta ajena, la misma norma dispone que se trata de trabajo de carácter indefinido, previniendo, además, que «el empresario durante el tiempo que reste por percibir la renta tendrá cumplida la obligación salarial del pago del salario que corresponda al trabajador completando la cuantía de la renta hasta el importe de dicho salario, siendo asimismo responsable de la cotización a la Seguridad Social que se realizará por el salario indicado, incluyendo el importe de la renta activa de inserción» art. 8.4.d RD 781/2001, de 6 de julio). Tal vez deba interpretarse, así pues, en la forma expresada para el trabajo autónomo, y entendiendo que para el trabajo por cuenta ajena es compatible como excepción a la regla general, aunque queda inexplicado porqué la compatibilidad se limita al trabajo a tiempo completo e indefinido, pues más parecen necesitar la ayuda quienes son contratados a tiempo parcial o temporal, para quienes, según parece, o se reduce o se elimina la renta activa de inserción, haciendo de peor condición a los más necesitados. En este punto, pues, y habida cuenta de que la renta activa que se sigue percibiendo se «descuenta» del salario que deba pagar el empresario, más bien parece esta renta una ayuda al empresario que al trabajador, ayuda, eso sí, dirigida a fomentar la contratación indefinida.

ADDENDA

LAS MODIFICACIONES OPERADAS POR EL RD-LEY 5/2002 DE 24 DE MAYO, «DE REFORMA DEL DESEMPLEO» Y ALGUNOS COMENTARIOS DE URGENCIA

CAPÍTULO I

Artículo primero. *Modificaciones en la LGSS*

Uno.

art. 207.c. Se añade lo relativo a la búsqueda activa de empleo y la colocación adecuada como requisito para tener derecho a la protección por desempleo. Un breve comentario de estos nuevos requisitos puede verse *infra* en el apartado referente a la modificación del art. 231 LGSS.

Dos.

208.1.1.c. Se suprime lo relativo a la diferencia entre despido procedente e improcedente. También se modifica, aunque en la D.T. Segunda, la acreditación de esta situación legal de desempleo (en adelante SLD), que será, hasta su desarrollo reglamentario, por la presentación de la carta de despido o bien el acta de conciliación o resolución judicial correspondiente.

Esta modificación guarda coherencia con la eliminación de los salarios de tramitación y el nacimiento de la protección por desempleo desde la fecha de cese efectivo en el trabajo (*vid. Infra*), pues naciendo el derecho a la prestación desde ese momento, en que por hipótesis aún no ha sido calificado de despido, no tiene sentido hacer distinciones en cuanto al nacimiento ni en cuanto a la acreditación en virtud de una calificación del despido que aún no existe.

Más problemas plantea la acreditación de la SLD –que para los casos de despido comunes deviene sorprendentemente fácil, al menos hasta el desarrollo reglamentario– en los casos de despidos ver-

bales. La solución parece estar, como antes, en la reacción contra el despido mediante la interposición de papeleta de conciliación y posterior demanda, única forma, nos parece, de documentar la extinción.

208.1.4. Se inserta y restringe a los fijos discontinuos del art. 15.8 ET la protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos. Se excluye de la protección, por tanto, a los trabajadores fijos periódicos cuyo llamamiento tiene lugar a fecha fija.

Sobre este punto, la restricción había sido ya subrepticamente anunciada con la modificación normativa operada por la Ley 12/2001, de 9 de julio, que disgregó los contratos fijos discontinuos, dejando como modalidad de trabajo a tiempo parcial aquellos en que concurre periodicidad (art. 12.3 ET) y trasladando los fijos discontinuos (sin periodicidad) al precepto donde se trata la duración del contrato del trabajo (art. 15.8 ET). Pero esta modificación legal dudosamente podía, por sí sola, tener efectos sobre la protección por desempleo. Lo que sucede es que según cierta interpretación administrativa –seguida, al parecer, por algún órgano jurisdiccional (STSJ Valencia 14 enero 2000)– puesto que los fijos discontinuos periódicos no son «fijos discontinuos» sino trabajadores a tiempo parcial con una distribución irregular de la jornada a lo largo del año –y no de la semana, o del mes– no merecen la protección por desempleo. De *lege ferenda* ya podía antes del RD-Ley considerarse más o menos defendible esta posición, pero no cabía fundarla en la modificación legal de la Ley 12/2001,

dado que el argumento requería extraer la exclusión de los periódicos precisamente de su carácter de trabajadores a tiempo parcial, que no tienen los no periódicos –no están en el art. 12 ET–, a quienes la ley sí otorga protección. Pero es que los no periódicos han estado incluidos en el tratamiento del trabajo a tiempo parcial (art. 12 ET) desde la Ley 10/1994, de 19 de mayo hasta la Ley 12/2001, de 9 de julio, y pese a ser, así pues, trabajo a tiempo parcial, nadie pudo poner en duda su protección por desempleo, en los términos del art. 208.1.4. LGSS. La ubicación, por tanto de la regulación no valía para distinguir, a efectos de desempleo, entre «fijos periódicos» y «fijos discontinuos» y por ello se ha procedido a la modificación del precepto que comentamos, que ahora sí, a efectos de protección por desempleo, distingue entre fijos periódicos y no periódicos y excluye a los primeros de la protección.

208.2.2. Sustituye la exigencia de reclamación contra el despido por la necesidad de «acreditar» la disponibilidad para buscar activamente empleo y aceptar colocación adecuada.

Ello es complementado con la Disp. Ad. Tercera del propio RD-Ley, que habilita al INEM a demandar *de oficio* en sustitución del trabajador para la declaración de indefinición del contrato y readmisión –precepto que sin duda merece un estudio profundo por cuanto establece una sustitución procesal, al parecer irrevocable por el propio interesado, distinta por tanto de la establecida en el art. 20 LPL y de difícil acomodo con las reglas generales de postulación– y establece que en tal supuesto se reconocerán provisionalmente las prestaciones por desempleo, sin perjuicio de que, en su caso, opere el mecanismo del nuevo art. 209.5 (*vid. infra*) si con posterioridad se declarase la fijeza de la relación y la readmisión del trabajador.

Tres.

209.1. Se añade que con la solicitud se suscribirá el compromiso de actividad.

209.3. Se modifica y cambia la penalización de tres meses en caso de despido improcedente por el retraso en el nacimiento de la situación legal de desempleo y las prestaciones en caso de vacaciones no disfrutadas. Es destacable la referencia final «El citado período deberá constar en el Certificado de empresa a estos efectos».

Este nuevo art. 209.3. LGSS no tiene nada que ver con el anterior, para la justificación de cuyo texto, puede verse el comentario al nuevo art. 208.1.1.c *supra*. El nuevo texto –que sí introduce una auténtica novedad interesante– podría resultar plausible con un enfoque menos economicista. Nos explicamos. No es irrazonable que el legislador propugne que la SLD nazca una vez disfrutadas las vacaciones generadas por el tiempo de trabajo efectivo –en las que, como se sabe, el trabajador debe estar de alta en Seguridad Social y percibir su salario–. Lo que ocurre es que la mejor manera –al menos la más técnica– de defenderlo es reforzar el principio de obligatoriedad en el disfrute de vacaciones –del que no se olvide que su abono en el finiquito no es más que una excepción–. Y ello podría haberse hecho simplemente prohibiendo esa excepción, de modo que no pudieran compensarse con dinero –no con salario– las vacaciones no disfrutadas al fin del contrato, sino que la ley podría fácilmente obligar al disfrute, abonando al salario al trabajador y manteniéndolo en alta por todo el tiempo correspondiente a las vacaciones generadas. Claro que esta solución es menos económica para el empresario, por cuanto al no «indemnizar» por las vacaciones no disfrutadas, sino concederlas, no se ahorraría la cotización –aunque la cuantía económica tampoco es una gran cantidad–. Esta solución, por otra parte, prolongaría la protección del trabajador al mantenerlo más tiempo en alta.

El nuevo texto, sin embargo, opta por una solución más económica, pero ocasionada a dudas: de su tenor literal –que las vacaciones «no hayan sido disfrutadas con anterioridad a la finalización de la re-

lación laboral»– se deduce que se sigue permitiendo la compensación a metálico. La SLD nace después del período vacacional que hubiera correspondido, que debe ser certificado por la empresa. ¿Qué sucede en tal período respecto de la situación de alta del trabajador a efectos del acceso a prestaciones? Véase el comentario al artículo siguiente para la determinación del *dies a quo* de la protección, que con esta nueva regulación deja de coincidir con la «causa» de la SLD.

209.4. Se añade que la *causa* de la SLD es la decisión empresarial extintiva, sin necesidad de impugnación.

Con la excepción, claro está, que será habitual, de que se indemnice período de vacaciones no disfrutadas. No en vano, el tenor literal se limita a considerar «causa» de la SLD la decisión empresarial extintiva, pero no se considera el día del cese como *dies a quo* de la protección. Nótese entonces que, por la misma razón, el plazo de 15 días del art. 209.2 deberá computarse no desde que se da la causa de la SLD, sino desde que da la misma SLD.

209.5. Se añade la regulación de los supuestos en que se declare la indemnización (209.5.a) o readmisión (209.5.b) del trabajador tras el despido.

a) En el primer caso, se consolida sin más la percepción de las prestaciones anteriores a tal declaración, o se comienzan a percibir con carácter retroactivo desde el cese si no se estaban percibiendo. Se contempla también el supuesto en que la relación se extinga mediante el incidente de no readmisión (art. 279.2 y 284 LPL).

b) En el segundo, el abono de prestaciones cesa con la readmisión, y las ya abonadas deben ser reintegradas por el empresario, deduciéndolas de los *salarios dejados de percibir* que deba abonar al trabajador, salvo que la prestación fuera superior al salario, en cuyo caso la diferencia deberá ser reintegrada por el trabajador. Se practicará asimismo el alta y la cotización retroactiva.

Cuatro.

212.1.a. Modifica el período de suspensión por sanción remitiéndolo a la LISS, que lo establece en su art. 47.1.a y b, también modificados por el RD-Ley.

Se añade así la posibilidad de aumentar el período de suspensión y hasta la extinción por sanción en caso de reincidencia, con las particularidades que son objeto de comentario respecto del nuevo art. 47 LISS, *infra*.

212.1.e. Se añade la suspensión de la prestación en el supuesto de recurso contra improcedencia cuando procede readmisión (art. 295 LPL).

212.3.b. Modifica los supuestos de reanudación por solicitud del interesado para incluir el nuevo 212.1.e. También se cambia que la solicitud «implicará» inscripción como demandante de empleo por «requerirá», lo que no parece tener mayor trascendencia y se hace referencia a la reactivación de compromiso de actividad.

Cinco.

213.1.c. Modifica y adapta la referencia a la LISS (hasta ahora se refería LISS 8/1988).

Seis.

215.1.1.c. Modifica y restringe el subsidio de emigrantes retornados a trabajadores que hayan trabajado como mínimo 12 meses en los últimos 6 años en países no pertenecientes al Espacio Económico Europeo, o con los que no exista Convenio sobre protección por desempleo y que no tengan derecho a protección por desempleo.

Esta modificación alcanzará tanta mayor razonabilidad en la medida en que sea eficaz la normativa comunitaria que debería suponer la indiferencia, a efectos de prestaciones, de trabajar en cualquier país del territorio comunitario. Así lo admite la nueva Disp. Adicional Trigésima Tercera que el RD-Ley inserta en la LGSS, que por lo demás, como se dirá *infra* es

superflua en tanto no hace más que señalar que estos extremos se rigen por las normas que se rigen.

Por otra parte, la restricción en el acceso al subsidio de los emigrantes retornados se ve paliada por la modificación que la Disp. Ad. Primera, 2ª.2.b. hace de los beneficiarios de la renta activa de inserción, incluyendo como tales a los emigrantes retornados que ahora se excluyen del subsidio de desempleo. Sobre esta Disposición, *vid. Infra*.

215.3. Modifica y redefine el concepto de renta imputable a efectos del topo para el nacimiento del subsidio, incluso los rendimientos que pueden imputarse al montante económico del patrimonio, por el 50% del interés legal del dinero, y –lo que es más trascendente– se considera como renta, siempre que se haya percibido en el año anterior al nacimiento del subsidio, si se percibe en un pago único, la indemnización por despido, con excepción de la percibida por expediente de regulación de empleo iniciado con anterioridad a la vigencia del RD-Ley.

La norma viene a quitarnos la razón a quienes postulamos una interpretación de los conceptos económicos laborales desligada de lo tributario: para una vez que ello se hace en contra de los trabajadores, pues hasta el ordenamiento tributario, que considera la indemnización legal exenta de tributación, y la superior a la legal como un rendimiento irregular (plurianual) puede ser más beneficiosa para ellos. Y es que esta nueva regulación puede plantear algún problema aplicativo: piénsese que computando como renta la indemnización algún beneficiario puede quedar excluido del subsidio por superar el límite de rentas precisamente al sumar el monto de su indemnización por despido. Bien es cierto que para que ello suceda han de darse un conjunto de circunstancias –período de cotización inferior a tres años (porque uno mayor da derecho a una prestación por desempleo de un año, con lo que la in-

demnización ya no se percibe en el año anterior al subsidio); salario alto del trabajador, para que la indemnización, con una antigüedad de menos de tres años alcance una suma considerable o bien que el trabajador tenga cierto potencial económico, para que la suma de esta y otras rentas superen el límite del art. 215)– que quizás aconsejan la exclusión del sujeto como beneficiario del subsidio, pero ello es siempre una conjetura que puede estar más o menos lejos de la realidad, y lo cierto es que, dado lo complejo que puede resultar la averiguación de la verdad de las cosas, y dado que la naturaleza de la indemnización dista mucho de ser *renta* y sólo en muy pequeña parte compensa el grave daño a una economía personal o familiar que es la pérdida de un empleo, bien pudieron dejarse las cosas como están, sin considerar renta la propia indemnización, y pudiendo considerar como tal, como la sabia jurisprudencia aconseja, los rendimientos que la indemnización pueda producir administrada con la diligencia propia de un buen padre de familia.

La D.T. Tercera del RD-Ley excluye del cómputo como renta a las indemnizaciones correspondientes a expedientes iniciados con anterioridad a la vigencia del RD-Ley y que sean la causa de la SLD. La regla será válida también para los casos de suspensión o extinción de un subsidio también nacido con anterioridad por realización de trabajo.

Siete.

219.1.a. Suprime el plazo de espera para el subsidio contributivo asistencial derivado de despido procedente.

Véase el comentario al art. 208.1.1.c, *supra*, teniendo en cuenta que este subsidio no es sino una «pequeña prestación por desempleo», que nace a partir de la extinción para quienes no tienen la suficiente cotización para acceder a la prestación contributiva.

219. último párrafo. Se introduce que en la fecha de la solicitud se deberá suscribir el compromiso de actividad.

Ocho.

228.3. Modifica la modalidad de percepción en pago único, pero no suprimiéndolo para cambiarlo por una subvención de las cotizaciones, como se había anunciado, sino que se añade la posibilidad de que se realice como hasta ahora o bien mediante la citada subvención de las cotizaciones.

Pero queda afectada la regulación del RD 1044/1985, de 19 de junio, pues la Disp. Trans. cuarta del RD-Ley inserta el nuevo requisito de que los socios trabajadores deban incorporarse en cooperativas o sociedades laborales «en las que previamente no hubieran cesado», sin límite de ese tiempo previo. Por otra parte, se posibilita también el pago único para establecerse como autónomos de quienes tengan una minusvalía igual o superior al 33%.

En la D.T. Cuarta se regula también la gestión del nuevo modo de pago único -subvención de las cotizaciones del trabajador a la Seguridad Social.

Contiene además la citada D.T. una deslegalización cuyo análisis dejamos para su lugar, *infra*.

228.4. Se añade una suerte de subvención salarial al empresario para programas de fomento del empleo de grupos con dificultad de inserción (la cotización, bonificada según explicamos más abajo, será a cargo del empresario).

La norma tampoco es tan novedosa como parece, pues un mecanismo similar se había establecido ya en el caso de la *Renta Activa de Inserción*, según el RD 781/2001, de 6 de julio y también en los contratos de inserción que la Ley 12/2001 incorporó en el art. 15.1.d ET.

La D.T. Quinta del RD-Ley identifica a dicho «colectivos», a saber, mayores de 52 años perceptores de cualquier subsidio por desempleo, para quienes será voluntaria la aplicación de este programa ¿sig-

nifica esto que pueden negarse a aceptar el empleo cuyo salario se subvenciona? ¿cómo se salva entonces el *compromiso de actividad* en que tantas esperanzas se han puesto?, voluntariedad que se exceptúa, sin embargo, en el caso de que el subsidio que perciban sea el de mayores de 52 años. *Cfr.* Disp. Ad. Primera 6ª.3 RD-Ley.

La aplicación de la subvención exige un contrato de cualquier tipo -excepto los de inserción o los subvencionados en el Programa de fomento de empleo agrario- pero de duración superior a tres meses.

Además, se exige que la empresa no tenga autorizado un expediente de regulación de empleo en el momento de la contratación y que el trabajador beneficiario no haya trabajado para la empresa en los últimos 12 meses; y se excluye de la bonificación la contratación de familiares hasta el segundo grado o quienes ostentan cargos de dirección.

La subvención, no obstante, no alcanzará a la totalidad del subsidio, sino que viene establecida en la DT Quinta con la cuantía del 50% del subsidio cada mes y con el máximo de su monto total; el abono al trabajador de tres meses de cuantía si el trabajo exige cambio de residencia -descontado de la subvención al empresario- y la bonificación del 50% de la cuota empresarial por contingencias comunes hasta 12 meses, si se trata de contratación temporal, o la que corresponda según el programa anual de fomento del empleo si la contratación es indefinida.

Se introduce una regla específica -a parte de las generales de solicitud en quince días y efecto, etc.- para el caso de cese en el trabajo subvencionado, aunque, dada su difícil inteligencia, la reproducimos literalmente: «obteniendo, siempre que se reúnan los requisitos exigidos al efecto, dicho subsidio por el total de su cuantía, en tal caso se considerará como período consumido de derecho la mitad del período en el que se compatibilizó el subsidio con el trabajo». En realidad, debe querer decir, que se considerará consumido el subsidio en la cuantía en que

efectivamente se ha consumido –que es, por razón de la subvención, el 50% del que hubiera correspondido por el tiempo de trabajo si este no hubiera existido–.

La norma, en fin, contiene una deslegalización que merece el mismo comentario que realizaremos en el análisis de la D.T. Cuarta, a la que remitimos.

Se establece también la posibilidad de sustituir con desempleados a los trabajadores con permiso de formación. No se aclara en el propio precepto que habrá que pagarles hasta el salario correspondiente, y que el empresario debe pagar también las cotizaciones, sino que todos estos extremos se contienen en la Disp. Trans. Sexta del RD-Ley.

La D.T. Sexta matiza que esta posibilidad sólo se ofrece a empresas de hasta 100 trabajadores y que las acciones de formación del sustituido deben estar financiadas por cualquiera de las Administraciones Públicas, debiendo acreditarlo la empresa ante el INEM.

Esta Transitoria contiene la misma deslegalización que las dos anteriores.

Añade 228.5. Se añade el pago de un mes de prestación o tres de subsidio para fomentar la aceptación de un empleo que implique cambio de localidad de residencia, aunque se ordena «cuando así lo establezca algún programa de fomento de empleo». Repárese en la mención del precepto a la «movilidad geográfica», concepto que hasta ahora iba unido a los trabajadores *stricto sensu*, es decir, vinculados por contrato de trabajo, y que ahora se aplica también a los desempleados, confirmando así la concepción del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social como un derecho que supera el ámbito del contrato de trabajo. Nuevas referencias a esta movilidad geográfica, explícitas, en la Disp. Trans. Quinta.4 del propio RD-Ley, e implícitas en la Disp. Trans. Quinta. 3.2. del RD-Ley. Y nuevas concepciones de la noción de «desplazamiento» *temporal y estable* en la Disp. Trans. Séptima.

Nueve.

230.g. Se añade la obligación del empresario de reintegrar las prestaciones por desempleo abonadas desde el despido cuando procede la readmisión. (Mera coordinación con el nuevo art. 209.5 LGSS) (reiteración del 209.5.b. 2º párrafo: ¿no es suficiente con que se establezca una vez. ¿es que el 209.5 no constituye una obligación del empresario?).

Diez.

Art. 231. Queda como 231.1 y se añaden dos nuevas letras:

h). El famoso «compromiso de actividad» que se establece como obligación del beneficiario y se define en el siguiente nuevo art. 231.2 LGSS y que ya tuvo antecedentes en los RRDD 236/2000 y 781/2001.

i). Se define también como obligación del trabajador la de buscar activamente empleo. Como se verá en el siguiente 231.2 se trata de variaciones y reiteraciones sobre lo anterior, reiterativas y sobranes. A lo más, el legislador parece querer convencer y convencerse de la importancia que va a dar a la actitud que el beneficiario adopte ante su situación de desempleo.

Art. 231.2. Se añade la definición del «compromiso de actividad». Sin embargo, es difícil entender qué añade este «compromiso» sobre el requisito de *querer trabajar* que mucho más sencillamente enuncia el art. 203 LGSS y era complementado de modo eficaz, hasta ahora, con los arts. 212.1a y 213.1 a LGSS. Más parece un talismán en el que se pone la fe de que conseguirá mover a la actividad a quienes, discúlpeame la parodia de la jerga política, «se instalan en la cultura del subsidio».

Por otra parte, no puede hablarse de novedad en el ordenamiento, pues este «compromiso de actividad» ya se exigía en los casos de Renta activa de inserción, de conformidad con el RD 781/2001, de 6 de julio, y antes en el RD 236/2000

Art. 231.3. Se añade la definición de «colocación adecuada». Si se apura, la única novedad relevante que aporta este nuevo texto, tan contestado en este punto por los medio de comunicación, es la relativa a la alteración del concepto transcurrido un año de percepción ininterrumpida de prestaciones, unida a la supuesta deslegalización que el propio precepto realiza. Por lo demás, la noción de colocación adecuada ya estaba, en similares términos, en el art. 213.2 LGSS.

La determinación geográfica y económica de la colocación adecuada parece también, más que realmente necesaria, otro talismán del legislador. Lo será la ubicada en un radio inferior a 30 Km. desde la localidad de residencia habitual, salvo que el tiempo mínimo, ida y vuelta, supere las dos horas diarias –debe acreditarlo el trabajador: ¿cómo? ¿Y si la jornada tiene distribución irregular, también se mantienen las dos horas diarias de desplazamiento o cabe aumentarlas si, vgr. las cuarenta horas se cumplen en 4 y no en 5 días, o disminuirlas si se cumplen en 6?– o el coste del desplazamiento suponga un gasto superior al 20% del salario mensual.

La posibilidad de alojamiento estaba también en el antiguo art. 213.2 LGSS.

Se especifica más la adecuación en función de la clase de contrato y del salario. Caben dudas respecto a la referencia a la adecuación con independencia «de la cotización, o no, por la contingencia de desempleo». Hasta donde llegamos, sólo el contrato de formación tiene esa posibilidad, salvo que pensemos en empleados de hogar, o bien en los trabajos de colaboración social, para quienes ya el 213 antiguo anudaba la consecuencia extintiva.

Más trascendencia tiene, o puede tener, como se avanzó, la previsión según la cual, transcurrido un año de percepción ininterrumpida de prestaciones, también serán colocaciones adecuadas las que a juicio del INEM puedan ser ejercidas por el trabajador. Cierto que la prolongación en la percepción de prestaciones suele ser indicio de poca cualificación, lo que redu-

ce las posibilidades equivocarse en la determinación de una colocación adecuada, y que además la interrupción, según parece, evita este efecto. No obstante las posibilidades de actuación del INEM, según el precepto son tan amplias que producen inquietud. Por otro lado, habría que cuestionarse la respuesta que se da a la siguiente pregunta, antes de realizar una crítica teológica al texto: puesto que en situación de integridad física todo el mundo puede realizar labores de peonaje ¿es adecuado considerar la de peón colocación adecuada para quien, en situación de necesidad económica ha percibido un año de prestaciones y está percibiéndolas sin encontrar otro empleo más adecuado a su formación o a su profesión habitual?

La previsión del penúltimo párrafo parece merecer todas las consideraciones –desde inconstitucional, pasando por ilegal y terminando en inocua– respecto de que el INEM «podrá modificar lo previsto en los párrafos anteriores» –evidentemente el INEM no puede modificar una Ley–. Se reconduce a su único posible entendimiento, –la adecuación al caso concreto que es posible dados los términos de la Ley–, complementando la referencia del segundo párrafo a las colocaciones adecuadas «a juicio del» INEM; que parece que con este párrafo puede extenderse también al espacio temporal correspondiente al primer año de prestaciones.

Once.

Disp. Ad. Trigésima Tercera. Añade una remisión a las normas internacionales correspondientes respecto de los países del EEE o con que haya convenio de protección por desempleo. Otra norma que sobra, porque es plenamente deducible de la legislación aplicable y ahora también, respecto de los subsidios, de la modificación realizada en el art. 215.1.c. LGSS.

Doce.

Disp. Final Quinta.4. Añade una habilitación al Gobierno para establecer la *Renta activa de inserción*.

CAPÍTULO II

Artículo segundo.

Modificaciones en el ET

Uno.

Art. 33.1. Modifica su texto para adaptar la denominación del MTAS y suprime la referencia a los salarios de tramitación, puesto que la reforma los retira de la legislación.

Sin embargo, esta aparentemente inocua modificación puede tener un alcance más trascendente. Ciertamente es que se eliminan los llamados «salarios de tramitación», pero no los «salarios dejados de percibir» para el caso de que el procedimiento de extinción termine con la readmisión del despedido. Según parece, el Fondo de Garantía Salarial ya no responderá tampoco por estos salarios y ello es también una reducción notable de la protección de los créditos salariales. No parece muy posible reconducir los «salarios dejados de percibir», al concepto del art. 26.1 ET al que remite el nuevo art. 33.1 ET, pero esta es la única vía para intentar incluir en la protección del Fondo la deuda por estos salarios.

Dos.

Art. 55.6. Modifica la redacción para remitirse al nuevo sistema de abono de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la readmisión.

Art. 55.7. Suprime la referencia a los ya inexistentes salarios de tramitación.

Tres.

Art. 56.1. Modifica y suprime la referencia al abono de los salarios de tramitación, y traslada lo relativo a la indemnización al nuevo apdo. 2, pero su alcance es mayor: Determina la fecha de la extinción, en caso de opción por la indemnización, es la fecha del cese efectivo en el trabajo. Coherentemente, suprime también lo relativo al mantenimiento en alta del trabajador hasta la declaración de improcedencia. Aquí el trabajador, para el caso de opción por indemnización –co-

mo es la más común– no pierde sólo la cuantía relativa a los salarios de tramitación (y *grosso modo* tiempo de protección económica), pues todo ese período, que pudiera haber estado cubierto por tales salarios, al que se sumaría desde la declaración de improcedencia el período correspondiente de la prestación por desempleo, es ahora de prestación, de modo que el *dies a quo* de ésta no es ya el de la declaración de improcedencia, sino el anterior de cese en el trabajo. A este efecto hay que añadir también otro en perjuicio del beneficiario, a saber, que pese a determinar como fecha de la extinción la de cese efectivo, ésta, que es a su vez la causa de la SLD, puede no ser, sin embargo, la fecha de nacimiento de las prestaciones, que se demorarán por el período equivalente a las vacaciones no disfrutadas que hayan sido indemnizadas al fin del contrato. Sobre este extremo, véase *supra* el comentario al nuevo art. 209.3 LGSS. En fin, el período en que el trabajador está en situación de alta o asimilada, queda también reducido en los mismos términos.

Art. 56.2. Modifica y suprime la regulación anterior sobre paralización de salarios de trámite –ahora carente de sentido– y mantiene el derecho a «los salarios dejados de percibir» para el caso de readmisión. Cuyo régimen está no obstante profundamente afectado por lo dispuesto en el art. 209.5 LGSS que se ha analizado *supra*.

Recibe aquí la regulación de la indemnización, sin variaciones.

Se introduce también la cuasiprocesal norma de que la sentencia que declare la improcedencia determinará las cantidades que resulten, tanto por indemnización como, en su caso, por «salarios dejados de percibir».

Cuatro.

Art. 57. Sustituye y añade con el nuevo título de «Efectos de la readmisión», a la previsión referida al pago por el Estado de los salarios de tramitación, que ahora carece de sentido.

Regula, como es previsible, los «salarios dejados de percibir» en el caso de readmisión, así como la obligación de su abono por el empresario, aunque, coherentemente, sólo en la parte que exceda las prestaciones por desempleo percibidas por el trabajador (nuevo art. 209.5 LGSS). El empresario asimismo deberá reintegrar al INEM lo correspondiente a dichas prestaciones –también con el límite de lo que hubiera debido pagar por salarios de trámite– precisión no superflua, pues si bien la SLD nace del trabajo en el que se le readmite, la cuantía de la prestación de desempleo percibida pudo calcularse con bases reguladoras de un trabajo anterior. También, como es lógico, el empresario deberá practicar alta y cotización por ese período.

CAPÍTULO III MODIFICACIONES EN EL DESEMPLEO AGRARIO

Artículo tercero

Subsidio por desempleo agrario. Cierra la puerta a nuevos beneficiarios del subsidio de desempleo agrario del RD 5/1997, de 10 de enero. De hecho, sólo pueden volver a disfrutar quienes ya lo hubieran hecho «en alguno de los tres años naturales inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud» –lo que, sin embargo, no parece suponer que de aquí a tres años este subsidio quede extinguido, pues la condición volverá a cumplirse, dentro de tres años, en quienes en estos próximos tres la cumplan y por tanto vuelvan a disfrutar del subsidio.

Se obliga a los trabajadores, cómo no, a suscribir el fetichista compromiso de actividad.

Artículo cuarto.

Protección por desempleo contributivo de los trabajadores eventuales agrarios

1. **Se incluye** en la protección por desempleo a los trabajadores eventuales del REA, y por tanto, su obligación cotizatoria.

1.1). **Se establece** un régimen de reducción cotizatoria transitorio que abarca hasta el año 2007, en que la cuota se ingresará íntegramente.

1.2). **Las prestaciones se remiten** a lo establecido en el art. 207 LGSS, con las siguientes especialidades:

Se excluye de protección –y cotización– a los parientes hasta el segundo grado del titular de la explotación agraria.

La duración del desempleo es específica, y responde a la ratio de 1 día de prestación por cada 4 cotizados, en lugar de la ratio de 1 por cada 3 que establece para el régimen general el art. 210 LGSS. Además, si el eventual agrario «de forma inmediatamente anterior figuró de alta en Seguridad Social como trabajador autónomo o cuenta propia» se aumenta el período carencial mínimo de 720 días, desde los 360 que es la regla general.

Durante la percepción de la prestación contributiva se cotizará como en el caso de los trabajadores agrícolas fijos.

1.3). **No se incluye** a estos trabajadores en el sistema de protección asistencial del desempleo.

2. **Se establece** como subsidiario el Título III LGSS.

3. **Se conceden** amplias facultades al Gobierno para limitar el acceso, controlar su gestión, modificar la duración de la prestación y «extender la protección asistencial».

4. **Se incluye** a los trabajadores agrícolas fijos en la exclusión de protección por parentesco hasta el segundo grado.

5. **Se establece** el cómputo recíproco para las cotizaciones al desempleo en cualquiera de los regímenes en que se da y si el mayor período computable no lo es en este nuevo régimen, las prestaciones se concederán conforme al régimen general, incluidos los subsidios que puedan corresponder..

Repárese en la última matización de este precepto, según la cual «en otro caso, se aplicarán las normas especiales de protección previstas en este artículo, todo ello, con independencia de que la situación legal de desempleo se produzca

por el cese en un trabajo eventual agrario, o no».

6. Se establece, en mecanismo parecido al que el «efecto Lázaro» del art. 210.3 LGSS produce sobre las cotizaciones, que las que se computen para el reconocimiento de prestaciones por desempleo de carácter general no servirán para el del subsidio agrario cuyo agotamiento-extinción inicia el art. Tercero de este RD-Ley, y viceversa.

CAPÍTULO VI INFRACCIONES Y SANCIONES

Artículo quinto. *Modificaciones de la LISS*

Uno.

Art. 17.1.c. Añade la tipificación como infracción leve de no cumplir con las exigencias del compromiso de actividad, incluida la no acreditación de la búsqueda activa de empleo.

¿Cuáles serán los medios para acreditar esa búsqueda activa de empleo? Si la respuesta es dudosa, también lo es el tipo sancionador que la causa y por tanto, es poco riguroso con la exigencia de legalidad y tipicidad del Derecho sancionador.

Dos.

Art. 17.2, párrafo 2º). Modifica y remite, para su oportuna concordancia, los conceptos de compromiso de actividad y colocación adecuada, al nuevo art. 231.2 y 3 LGSS.

Tres.

Art. 47.1.a. Modifica las sanciones leves para las prestaciones de desempleo, introduciendo una escala que aumenta la sanción a los beneficiarios de prestaciones de desempleo en el caso de reincidencia. Así, en lugar de la sanción de pérdida de un mes de prestación o subsidio existente hasta ahora, se establece la sanción de pérdida de 3 meses para el caso de la 2ª infracción, 6 para la 3ª y extinción para la 4ª. No obstante, la reinci-

dencia se remite al plazo de 365 del art. 41.1 de la propia LISS, si bien, con una importante matización: la reincidencia, en este caso, no exige, como en el art. 41, que la infracción sea del mismo tipo, sino que se considerará existente «con independencia del tipo de la infracción».

Art. 47.1.b. Modifica del mismo modo que el anterior las sanciones graves, incluyendo como causa de extinción la infracción grave del art. 25.2 LISS –no comparecer a reconocimientos médicos en prestaciones de IT y no presentar los datos o justificantes requeridos– que hasta ahora sólo era sancionable con pérdida de prestación por un periodo de 3 meses. Nótese que esta modificación no afecta al desempleo, sino a la incapacidad temporal.

En cuanto a las prestaciones por desempleo, se introduce para las infracciones graves del art. 17.2 LISS una escala para el caso de reincidencia similar a la recién vista para las leves, y con los mismos efectos, pero con tres tramos en lugar de cuatro, de modo que a la 3ª infracción –también con independencia de grado– si es grave, procede la extinción de las prestaciones.

Se traslada al art. 47.3 la previsión sobre pérdida de inscripción y sus derechos que acompañaba hasta ahora a las sanciones graves; pero este traslado no es una mera reubicación, pues con su nueva situación esta pérdida no acompaña sólo a las sanciones graves como hasta ahora, sino también a las leves.

Art. 47.3. Modifica y sustituye: Como, según se deduce de las dos modificaciones anteriores, la reincidencia no opera en desempleo como en el resto de las infracciones, pues en el caso de aquel operará ahora con independencia del tipo de infracción, se hace desaparecer la precisión de este artículo que establecía la equivalencia, y se traslada aquí la previsión que estaba antes en el art. 47.1.b sobre la pérdida de la inscripción como demandante de empleo y su derecho que

acompaña a sanciones, pero, como se ha dicho ya en el comentario al nuevo art. 47.1.b, ahora esta pérdida se anuda todas las sanciones –también a las leves– y no sólo a las graves como hasta ahora.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera. Programa de renta activa de inserción

Incorpora, elevándolo al rango legal, el programa de renta activa de inserción, en términos muy similares a su última versión del RD.781/2001, de 6 de julio. Se harán por tanto sólo observaciones de aquellos preceptos que hayan variado –y no meras cuestiones de redacción–, teniendo en cuenta que lo que en el RD eran art. 1, art. 2, etc., son ahora norma 1ª, 2ª, etc.

2ª.1. Se traslada el requisito antes expresado en el art. 2.1. de RD 781/2001 de ser menor de 65 años para tener acceso al programa. La previsión es coherente, pero en la redacción anterior se excluía esta exigencia si el beneficiario no reunía la carencia precisa para jubilarse, extremo que no aparece ahora.

2ª.1.c. Se elimina el requisito de haber extinguido prestaciones por desempleo, pues con la nueva redacción basta no tener derecho a ellas.

2ª.1.d. Se inserta una remisión del concepto de renta al nuevo art. 215.3 LGSS.

2ª.2. Se modifica el nuevo grupo de beneficiarios, eliminando a los desempleados, sin límite de edad, con inscripción de 24 o más meses sin derecho a protección por desempleo e incluyendo como beneficiarios a «los que reúnan los siguientes requisitos» (aunque esta redacción parece dar carácter acumulativo a los requisitos, su propio tenor aconseja entender que se trata de tres grupos distintos de beneficiarios):

a) **Minusválidos** con un grado igual o superior al 33% con independencia e su edad.

b) **Emigrantes retornados**, mayores de 45 años, en los términos del antiguo

subsidio del ya sustituido art. 215.1.1.c. LGSS. Se ha dicho ya, en el comentario a dicho precepto, supra, que por esta vía, se amortigua la restricción que en el subsidio por desempleo de emigrantes retornados realiza el RD-Ley.

c) **Víctimas de violencia doméstica**, con independencia de su edad y sin que se exija antigüedad alguna en la inscripción como demandantes de empleo.

3ª.3.b. Se añade, en cuanto a la definición del «compromiso de actividad» que también el suscriptor está obligado a participar en otras acciones «de mejora de la ocupabilidad», sin que se sepa en qué consisten exactamente esas acciones y por qué son distintas de las de inserción, orientación, formación, etc. que contiene el precepto.

3ª.3.c. Se remite la referencia a la colocación acuada al nuevo art. 231.3 LGSS.

3ª.3.f. Se añade, como parte integrante del compromiso de actividad, la obligación de presentarse a cubrir las ofertas de empleo facilitadas por los servicios de empleo. Nada que no pueda deducirse de la redacción anterior.

3ª.3.h. Se añade, una última obligación en el compromiso de actividad: «buscar activamente empleo». Nuevamente, obligación superflua por cuanto es, como mucho, la forma resumida de enunciar todas las obligaciones anteriores.

5ª.1.c. Se añade como causa de baja en el programa el rechazo a participar en acciones de orientación. No es fácil, empero, distinguir estas acciones de las de promoción, formación o reconversión que contenía antes y sigue manteniendo el precepto.

5ª.1.d. Modifica y sustituye una previsión que ciertamente era turbadora en la versión anterior de la renta activa de inserción, a saber, la realización de un trabajo de duración igual o superior a 6 meses como causa de baja en el programa.

Se planteaba la dificultad interpretativa de que la afirmación anterior era dudosamente articulable con la compatibilidad de la Renta activa de inserción con el trabajo autónomo y por cuenta ajena

indefinido, descrito en el art. 8.4 del mismo texto normativo y que también ahora se retoca. La dificultad queda salvada eliminando esa causa de baja y sustituyéndola por «el cese voluntario en el trabajo que viniera siendo incompatible con la renta activa de inserción» como causa de baja en el programa.

5ª.1.h. Se suprime, la referencia al voluntariado como excepción a la causa de baja en el programa que supone el traslado de residencia al extranjero. Pudiera pensarse, sin embargo, que se mantiene este efecto, habida cuenta de la conjunción entre las normas 7ª.5 y 8ª.4.e; pero también se modifica esta última, eliminando de su texto –compatibilidad con las acciones de voluntariado– que la percepción de la renta se mantendrá aun cuando las acciones de voluntariado se realicen en el extranjero. La conclusión más segura, por tanto, es que el traslado al extranjero causa baja en la renta activa de inserción aun cuando sea para realizar acciones de voluntariado, que sin embargo permiten en el territorio nacional.

5ª.2. Se modifica y añade como circunstancia que no supone baja en el programa tanto el trabajo por cuenta propia, enmendando así la discordancia a que se ha hecho ya referencia en el comentario a la norma 5ª.1.d, como el trabajo por cuenta ajena de menos de 6 meses de duración, que se hace ahora también compatible con la renta activa de inserción.

Se introducen además nuevas normas de gestión para esta clase de compatibilidad, de modo que a la finalización del trabajo el beneficiario deberá comunicarla y renovar el compromiso de actividad, para lo que se establece un plazo de 15 días con el mismo funcionamiento que el de solicitud de prestaciones de desempleo, y se establece también, en el caso de cese en trabajo a tiempo parcial, el período de renta activa de inserción que se considerará consumido, de conformidad con lo que se percibió durante la realización de ese trabajo.

5ª.3. Añade, como causa de baja temporal en el programa a las ya existentes

con anterioridad, la suscripción de contratos de inserción u otros subvencionados por el INEM. Entre estos otros, seguramente, han de contarse también los que puede recibir, desde la entrada en vigor del RD-Ley una «subvención salarial», en los términos del nuevo art. 228.4 LGSS, complementado, de momento, por la Disp. Trans. Quinta del propio RD-Ley.

5ª.4. Modifica la redacción anterior para hacerla coherente con las nuevas normas 5ª.1.d y 8.4.d, a cuyo comentario remitimos y asume el texto del anterior art. 5.5 RD 781/2001.

5ª.5. Suprime el anterior apartado 5, que queda ahora subsumido en la nueva norma 5ª.4 y asume, por tanto, el texto del que antes era el apartado 6 de la norma.

6ª.1. Refunde los textos de los anteriores apartados a y b en que se dividía la norma, y sólo añade, como modificación de fondo que el INEM podrá exigir declaración «o declaraciones» del IRPF, así pues, cabe exigir más de una, lo que ya se venía haciendo, vgr., para verificar la regularidad de los subsidios por desempleo.

6ª.3. Modifica su redacción eliminando, en cuanto a la reanudación de la renta activa de inserción cuando se produjo su baja temporal por contrato de inserción u otros subvencionados por el INEM o traslado al extranjero por trabajo o perfeccionamiento inferior a 6 meses, el vocablo «involuntario» al referirse al plazo para solicitar dicha reanudación, que será así, de los 15 días «siguientes al cese en el trabajo». Acaso esta eliminación corresponde al hecho de que en cuanto a los contratos subvencionados, la conjunción del nuevo art. 228.4 LGSS y la Disp. Trans. Quinta del RD-Ley establece el carácter «voluntario» del programa de fomento de empleo que regula –con alguna excepción–. Por otra parte, mejora las condiciones de solicitud de reanudación del programa, por cuanto se sustituye la previsión de que la solicitud fuera de plazo causa la inadmisión del trabajador y baja definitiva por otra cuyos efectos son los generales de solicitud fuera de plazo de prestaciones por desempleo.

Realiza además ciertos ajustes de coordinación entre preceptos, en particular con la modificación operada en el art. 5.2, y se elimina alguna redacción superflua.

6ª.4. **Añade**, en coherencia con las modificaciones anteriores y posteriores y en particular las de compatibilidad de la renta de inserción con el trabajo (nueva norma 8ª.4.d) que la formalización de contrato compatible que el empresario ha de certificar también lo puede ser de un contrato temporal y a tiempo parcial. Se elimina por otra parte, redacción reiterativa sobre la gestión cuando se produce el cese en el trabajo.

7ª.1. **Sustituye** «empleabilidad» por «ocupabilidad».

7ª.4.b. **Añade** a los programas de mejoras de empleo a los que pueden incorporarse los beneficiarios, los de Escuelas Taller y Casas de Oficios.

7ª.4.c. **Añade** en el mismo sentido que el precepto anterior, la posibilidad de inclusión, aparte de los programas de instituciones públicas que cita, en «programas propios de otras Administraciones».

8ª.1.b. **Elimina** la exigencia de que para el mantenimiento de la renta activa de inserción no hayan de percibirse retribuciones salariales, en coherencia con la compatibilidad de la renta con el trabajo por cuenta ajena arbitrada en las normas 5ª y 8ª.

8ª.3.a. **Elimina** la excepción relativa al trabajo a tiempo parcial en materia de compatibilidad, de conformidad con la nueva regulación de la norma 8ª.4.

8ª.3.c. **Desglosa** en las letras c y d la incompatibilidad relativa a las prestaciones de desempleo y los salarios, que antes exceptuaban remitiendo al art. 8.4 y ahora se refieren sólo a los contratos de inserción y otros subvencionados por el INEM, en coherencia con la nueva norma 6ª.3.

8ª.4.b. **Añade** una remisión al apartado d) siguiente, en cuanto a la compatibilidad de la renta de inserción con el trabajo a tiempo parcial.

8ª.4.d. **Añade**, como compatible con la renta de inserción el trabajo por cuenta

ajena temporal –antes, sólo indefinido– a tiempo completo, exceptuando, en coherencia con las nuevas normas 6ª.3 y 8ª.3.d, los contratos de inserción u otros subvencionados por el INEM.

Añade también que cuando la compatibilidad se produce con el trabajo temporal, la cuantía de la renta de inserción se reduce a la mitad para el trabajador, y el período de percepción se amplía al doble.

8ª.4.e. **Se elimina** de su texto –compatibilidad con las acciones de voluntariado– que la percepción de la renta se mantendrá aun cuando las acciones de voluntariado se realicen en el extranjero. La conclusión más segura, por tanto (vid. Comentario a la norma 5ª.1.h y norma 7ª.5), es que el traslado al extranjero causa baja en la renta activa de inserción aun cuando sea para realizar acciones de voluntariado, que sin embargo se permiten en el territorio nacional.

10ª.4. **Se elimina** el anterior apartado 4 y su texto se sustituye por el del anterior 5. Se trata, simplemente de eliminar redacción superflua en materia de colaboración y coordinación entre Administraciones.

13ª.1. **Modifica**, para la realización de las acciones de inserción laboral que son el objeto del compromiso de actividad, las entidades que pueden ser autorizadas a colaborar: así, se suprime la exigencia de que se trate de entidades sin ánimo de lucro –la ley se refiere ahora simplemente a «Entidades», y se añade que tales acciones son o pueden ser objeto de colaboración «entre otras».

Entre tales entidades, sin embargo, en el siguiente párrafo, se suprime la referencia expresa a las agencias de colocación –que no obstante no quedan excluidas como colaboradoras, dado que entran en el amplio término «entidades»– y se adapta el resto del texto para referir sus precisiones a dichas «entidades» y no sólo a entidades sin ánimo de lucro.

14ª. **Modifica** el precepto antecedente en sentido justamente contrario, es decir, mientras que la versión del RD 781/2001

admitía al programa a los participantes en el programa anterior, la nueva versión señala que los participantes en programas anteriores (los de los RR.DD. 236/2000 y 781/2001) no podrán ser admitidos al presente programa.

Segunda. Colaboración de la administración tributaria

Articula dicha colaboración para la gestión y control de las prestaciones de desempleo. Se trata de la persecución del fraude por ocultación de rentas.

Tercer. Reiteración de la contratación laboral

Establece una suerte de sustitución procesal de los trabajadores por el INEM, que puede demandar de oficio. Como se adelantó ya, cuando se estudió la modificación del art. 208.2.2, habilita al INEM a demandar «de oficio» en sustitución del trabajador para la declaración de indefinición del contrato y readmisión –precepto que sin duda merece un estudio profundo por cuanto establece una sustitución procesal clara– y confirma que en tal supuesto se reconocerán provisionalmente las prestaciones por desempleo, sin perjuicio de que, en su caso, opere el mecanismo del nuevo art. 209.5 para el caso de que con posterioridad se declare la fijeza de la relación y la readmisión del trabajador.

Cuarta. Subvenciones del programa de fomento del empleo y las campañas agrícolas

Excluye de las ayudas del programa de fomento del empleo agrario a los trabajadores eventuales del REA, mientras existan campañas agrícolas a las que puedan acceder.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera. Extinciones

Establece la normativa aplicable en función del tiempo del suceso. Las extin-

ciones ocurridas antes de la vigencia del RD-Ley se regirán por la normativa entonces vigente.

Segunda. Acreditación de la SLD en caso de despido

Será, hasta su desarrollo reglamentario, por la presentación de la carta de despido o bien el acta de conciliación o resolución judicial correspondiente (Véase el cometario al nuevo art. 208.1.c. LGSS, *supra*).

Más problemas plantea la acreditación de la SLD –que para los casos de despido comunes deviene sorprendentemente fácil, al menos hasta el desarrollo reglamentario– en los casos de despidos verbales. La solución parece estar, como antes, en la reacción contra el despido mediante la interposición de papeleta de conciliación y posterior demanda, única forma, nos parece, de documentar la extinción.

Tercera. Indemnizaciones derivadas de expedientes de regulación de empleo

Determina, que, a efectos de su cómputo como renta, en los términos del nuevo art. 215.3.2. LGSS, se excluyen las correspondientes a expedientes iniciados con anterioridad a la vigencia del RD-Ley y que sean la causa de la SLD. La regla será válida también para los casos de suspensión o extinción del subsidio por realización de trabajo así nacidos.

Cuarta. Programa de fomento de empleo en economía social autónoma

Queda afectada la regulación del RD 1044/1985, de 19 de junio, pues la Disp. Trans. Cuarta del RD-Ley inserta el nuevo requisito de que los socios trabajadores deban incorporarse en cooperativas o sociedades laborales «en las que previamente no hubieran cesado», sin límite de ese tiempo previo. Por otra parte, se posibilita también el pago único para establecerse como autónomos de quienes tengan una minusvalía igual o superior al 33%.

En la D.T. Cuarta se regula también la gestión del nuevo modo de pago único –subvención de las cotizaciones del trabajador a la Seguridad Social–.

Contiene además la citada D.T. una deslegalización del siguiente tenor: «El Gobierno podrá modificar, mediante Real Decreto, lo establecido en el apartado 1 anterior». Lo curioso de esta deslegalización es que lo es por mor de la propia norma legal deslegalizada. Nos explicamos. Con anterioridad, al existir sólo la previsión genérica del art. 228.3 LGSS, el RD 1044/1985 establecía, en desarrollo necesario de la ley, los requisitos correspondientes que, obviamente, podían ser modificados –como lo fueron, aunque por ley, la 22/1992, de 30 de julio– por nueva norma reglamentaria. Ahora, sin embargo, los nuevos requisitos se establecen en norma de rango legal, y por tanto resulta más dudosa la modificación por posterior norma reglamentaria que la misma norma propicia. No obstante, no es una acción desconocida por la legislación laboral –sin ir más lejos, respecto de la propia prestación de desempleo–, *vid.* la Disp. Final Quinta. 2. LGS, que autoriza al Gobierno modificar la duración y la cuantía de las prestaciones de los arts. 210, 216 y 217 de la propia Ley.

Quinta. Compatibilidad del subsidio de desempleo con el trabajo por cuenta ajena

Identifica los «colectivos» para los que el nuevo art. 228.4 LGSS articula la subvención salarial de la que hemos hablado *supra*, a saber, mayores de 52 años perceptores de cualquier subsidio por desempleo, para quienes será voluntaria la aplicación de este programa ¿significa esto que pueden negarse a aceptar el empleo cuyo salario se subvenciona? (*cf.* el comentario a la nueva Disp. Adicional Primera. 6^a. 3 del RD-Ley), salvo en el caso de que el subsidio que perciban sea el de mayores de 52 años.

La aplicación de la subvención exige un contrato de cualquier tipo –excepto los de inserción o los subvencionados en el Programa de fomento del empleo

agrario– pero de duración superior a tres meses.

Además, se exige que la empresa no tenga autorizado un expediente de regulación de empleo en el momento de la contratación y que el trabajador beneficiario no haya trabajado para la empresa en los últimos 12 meses; y se excluye de la bonificación la contratación de familiares hasta el segundo grado o de quienes ostentan cargos de dirección.

La subvención, no obstante, no alcanzará a la totalidad del subsidio, sino que viene establecida en la DT Quinta con la cuantía del 50% del subsidio cada mes y con el máximo de su monto total; el abono al trabajador de tres meses de cuantía si el trabajo exige cambio de residencia –descontado de la subvención al empresario– y la bonificación del 50% de la cuota empresarial por contingencias comunes hasta 12 meses, si se trata de contratación temporal, o la que corresponda según el programa anual de fomento del empleo si la contratación es indefinida.

Se introduce una regla específica –a parte las generales de solicitud en quince días y efectos, etc.– para el caso de cese en el trabajo subvencionado y reanudación del subsidio, según la cual la reanudación se producirá «obteniendo, siempre que se reúnan los requisitos exigidos al efecto, dicho subsidio por el total de su cuantía, en tal caso se considerará como período consumido de derecho la mitad del período en el que se compatibilizó el subsidio con el trabajo».

La norma, en fin, contiene una deslegalización que merece el mismo comentario que hemos realizado en el análisis de la D.T. Cuarta.

Sexta. Sustitución de trabajadores en formación

Se aclara, puesto que no se hace en el nuevo art. 228.4 LGSS, que habrá que pagarles hasta el salario correspondiente, y que el empresario debe pagar también las cotizaciones, todos estos extremos se contienen en esta disposición transitoria.

La norma matiza que esta posibilidad sólo se ofrece a empresas de hasta 100 trabajadores y que las acciones de formación del sustituido deben estar financiadas por cualquiera de las Administraciones Públicas, debiendo acreditarlo la empresa ante el INEM.

Esta Transitoria contiene la misma deslegalización que las dos anteriores.

Séptima. Programa de fomento de la movilidad geográfica

Crea una nueva noción de «desplazamiento», *temporal* para trabajadores desempleados que acepten un contrato temporal fuera de su lugar de residencia y *estable* para los que acepten en las mismas condiciones un contrato indefinido. Las subvenciones se dejan a un posterior desarrollo reglamentario, pero se hacen compatibles con la nueva subvención salarial del nuevo art. 228.4 LGSS, sobre compatibilidad del subsidio de desempleo con el trabajo por cuenta ajena.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA

Se deroga el art. 213.1.b y el 213.2 LGSS, cuyo contenido, evidentemente, está sustituido por los nuevos 213.1.c y 231 LGSS y el nuevo art. 47 LISS.

Se deroga el art. 2.1.c. RD 5/1997, de 10 de enero, puesto que para el nacimiento del subsidio de desempleo agrario ya no basta como requisito tener cubierto un número de jornadas reales cotizadas, sino que el nuevo requisito es haber disfrutado ya antes de este subsidio.

Se deroga el art. 1.1.c, d y e RD 625/1985, de 2 de abril, relativo a las formas de acreditar la SLD por despido, dada la regulación de esta SLD en el nuevo art. 208.1.1.c LGSS y su nueva forma de acreditación, transitoriamente regulada en la D.T. Segunda del RD-Ley.

DISPOSICIONES FINALES

Primera.

Programa de fomento del empleo

1.

Art. 4.1.1.i Ley 12/2001. Modifica el texto eliminando el requisito de que la inscripción de las mujeres haya durado 12 o más meses para tener derecho a este programa cuando sean contratadas en los 24 meses siguientes al parto.

2.

Art. 6.1.h Ley 12/2001. Añade a la bonificación en la cotización allí establecida para los perceptores de la renta activa de inserción (65% en los 24 meses siguientes al inicio del contrato) una nueva bonificación, del 45% en el caso de mayores de 45 años y hasta los 55 y otra del 50% durante el resto de vigencia para los trabajadores mayores de 55 y hasta los 65.

Art. 6.1.i Ley 12/2001. Suprime el requisito de la inscripción anterior de 12 o más meses para tener derecho a la bonificación para contratación de mujeres en los 24 meses siguientes al parto –concorda con la modificación del art. 4.1.1.i de la misma Ley–.

3.

Disposición adicional quinta Ley 24/2001, de 27 diciembre. Suprime la inaplicación de las subvenciones y bonificaciones para el fomento del empleo de discapacitados a los casos de relaciones laborales especiales y contrataciones de parientes hasta el segundo grado del empresario o de los miembros de los órganos de administración. Pasan a ser letras a y b del precepto las que en la versión anterior de la Ley 24/2001 eran letras c y d.

DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA.
DESARROLLO, ENTRADA EN VIGOR
Y APLICACIÓN

Contiene lo habitual sobre desarrollo reglamentario posible –específico, como se ha visto, en algunos apartados–

y entrada en vigor el día siguiente de su publicación. Pero en cuanto a esta última, establece las siguientes especialidades:

a) **La nueva SLD por despido** (art. 208.1.c LGSS) se aplica sólo a despidos producidos después de la entrada en vigor del RD-Ley.

b) **El nuevo régimen del subsidio de desempleo para emigrantes retornados** (art. 215.1.1.c LGSS) será aplicable a las solicitudes presentadas después de la entrada en vigor del RD-Ley. Se contiene la

previsión de que los trabajadores que hubieran accedido antes a este subsidio podrán acceder, si cumplen los requisitos, al subsidio para mayores de 52 años.

c) **La modificación legal que conduce a la extinción del subsidio de desempleo agrario** (art. Tres del RD-Ley) será aplicable a todas las solicitudes que se presenten, incluidas aquellas a las que sea de aplicación el cómputo especial de cotizaciones de las Disp. Trans. Primera y Segunda del RD 5/1997.

Bibliografía sobre desempleo

- ALAMEDA CASTILLO, M. T., «El problemático requisito reglamentario configurador de la situación legal de desempleo del art. 1.1.c del RD 625/1985: un supuesto de ultra vires no declarado», TL, nº 54, 2000.
- ALARCÓN CARACUEL, M. R., «El desempleo: niveles de protección y régimen de prestaciones». En OBRA COLECTIVA, *Comentarios a la nueva legislación laboral*, Tecnos, Madrid, 1985.
- ALARCÓN CARACUEL M. R. y FARGAS FERNÁNDEZ, J., «Cotización durante la situación de incapacidad laboral transitoria que se superpone y se prolonga más allá de la de desempleo contributivo (y passim sobre los límites de la unificación de doctrina», REDT, nº 69, 1995.
- ALMANSA PASTOR, J. M., «Nota sobre una posible solución a los problemas económicos del INEM (Incompatibilidades de indemnizaciones y prestaciones)», RTSS, nº 9, 1993.
- ALONSO OLEA, M., «Paro forzoso y su aseguramiento», RPS, nº 129, 1981.
- ALONSO OLEA, M., y TORTUERO PLAZA, J. L., «El paro forzoso: clases y aseguramiento», RPS, nº 145, 1985.
- ÁLVAREZ CORTES, J. C., «El subsidio por desempleo para mayores de cincuenta y dos años: algo más que asistencia social, algo más que prestación asistencial», TL, nº 33, 1994.
- BORRAJO DACRUZ, E., «Limitaciones ilegales en materia de protección por desempleo», AL, 1988-2.
- CABEZA PEREIRO, J., «La realización de un trabajo de duración igual o superior a doce meses como causa de extinción de la prestación y del subsidio por desempleo», DL, nº 50, 1996.
- *Situaciones legales de desempleo por extinción del contrato de trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- «El cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación como causa extintiva de la prestación y del subsidio por desempleo», AS, 1996.
- *La extinción del desempleo*, Comares, Granada, 1997.
- «Desempleo de trabajadores fijos-periódicos», AS nº 12, octubre 2001.
- CASTAN ASENSIO, S., y NAVARRO GALLEL, C., «Principales innovaciones introducidas por el RDL 1/1992 en materia de fomento de empleo y protección por desempleo», AL, 1992-2.
- CHACARTEGUI JAVEA, C., «La cobertura por desempleo de los trabajadores de las empresas de trabajo temporal», REDT, nº 80, 1997.
- CHARRO BAENA, P., «Subsidio de desempleo de mayores de cincuenta y dos años. Trabajador que sólo cotizó en España como emigrante retornado durante el período de percepción del subsidio por tal motivo, y que acredita más de quince años cotizados en un régimen de jubilación en Alemania (comentario a la STS 4ª de 19 de octubre de 1998)» RL, nº 6, 1999.
- COLLADO GARCÍA, L., PIQUERAS PIQUERAS, M. C., *El subsidio por desempleo: un estudio del nivel asistencial de protección*, Trotta, Valladolid, 1997.
- CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., «Desempleo: conflictos jurisdiccionales», AL, nº 2, 1996.
- CRUZ ROCHE, I., y DESDENTADO BONETE, A., «Las prestaciones de desempleo ante la crisis», PEE, nºs 12-13, 1982.
- DE VICENTE PACHÉS, F., «¿La declaración de la situación legal de desempleo compete al INEM o a la autoridad laboral que autorizó el expediente de regulación de empleo? (Comentario a la STS (Social) de 4 de noviembre de 1999)», TS, nºs. 116 y 117, agosto-septiembre 2000.

- DESDENTADO BONETE, A., Mercader Uguina, J. R., *El Desempleo como situación protegida (un estudio sobre los problemas de acceso a la protección en el nivel contributivo y en el asistencial)*, Civitas, Madrid, 1996.
- DOLZ LAGO, M. J., «Las prestaciones de desempleo en la modalidad de pago único: otro supuesto de concurrencia jurisdiccional contencioso-administrativa y social», AL, n° 15, 1990.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «Una enmarañada ampliación de la cobertura por desempleo», RL, n° 11, 1989.
- «Nuevos vientos fríos en la protección por desempleo», RL, 1994-I.
- ESTEBAN LEGARRETA, R., «Comentarios a propósito del Real Decreto 236/2000, de 18 de febrero, regulador de un programa de atención a trabajadores mayores de 45 años desempleados, en situación de necesidad y con cargas familiares», AS, n° 7, abril 2000.
- FERNÁNDEZ POYO, J., *La protección por desempleo (Teoría y práctica)*, Valladolid, 1994.
- GALIANA, J. L., «Notas sobre el nuevo régimen de desempleo», RPS, n° 129, 1981.
- GARCÍA MURCIA, J., «Cambio y continuidad en la protección por desempleo: A propósito de las reformas de 1992», REDT, n° 61, 1993.
- «La protección por desempleo: un repaso de jurisprudencia reciente a la luz de los últimos cambios legales», AL, n° 48, 1998.
- GETE CASTRILLO, P., «La protección por desempleo del personal de alta dirección. Algunas consideraciones sobre aspectos problemáticos», RL, 1987-I.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., «El subsidio por desempleo para los migrantes comunitarios mayores de cincuenta y dos años», DL, n° 47, 1995.
- GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R., «Algunas cuestiones sobre la reducción de la jornada y la situación legal de desempleo en el nuevo régimen jurídico laboral», AS, 1997.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S., «La Ley 31/1984, de protección por desempleo: objeto de la protección y personas protegidas». En AAVV, *Comentarios a la nueva legislación laboral*, Tecnos, Madrid, 1985.
- «Derecho a la prestación de desempleo de los miembros de las corporaciones locales», RL, 1988-I.
- «La protección por desempleo», R. L, 1993-II.
- GUTIÉRREZ-SOLAR, CALVO, B., «El derecho al desempleo de los trabajadores fijos discontinuos: la acumulación de los períodos de ocupación cotizados para la generación de la prestación (Comentario a la STS 4ª 30 de marzo de 2000)», RL, n° 20, 2000.
- LORENTE, J. R., «La reforma del subsidio de desempleo para los eventuales agrarios». *Revista de Treball*, n° 16, 1991.
- LÓPEZ CUMBRE, L., *La prejubilación*, Civitas, Madrid, 1998.
- López Gandía, J., «El régimen jurídico de la prestación por desempleo tras el Reglamento de la Ley Básica de Empleo (algunos apuntes críticos)», RSS, n° 15, 1982.
- «El nuevo régimen de las prestaciones por desempleo», RL, 1985-II.
- «Flexibilidad del tiempo de trabajo y prestación de desempleo (a tiempo parcial y reducción de jornada)», AL, n° 14, 1996.
- LÓPEZ GANDIA, J., y BLASCO LAHOZ, J., «Las recientes reformas de la legislación social sobre la mujer en el trabajo y sobre la prestación de desempleo», *Revista de Treball*, n° 10, 1989.
- LUELMO MILLÁN, M. A., «La prestación por desempleo: algunos aspectos de su problemática jurisdiccional», DL, n° 50, 1996. También en AL, n° 4, 1997.
- «Trabajador migrante, desempleo y derecho comunitario», AL, n° 46, 1998.
- MARÍN CORREA, J. M., «El despido procedente como situación legal de desempleo», AL, 1989-III.

- «Protección del desempleo y Derecho Comunitario Europeo», AL, 1993-2.
- «Doctrina judicial y sanción en materia de desempleo», AL, n° 45, 1998.
- «Mayores de 52 años y desempleo», AL, n° 4, 1999.
- MARTI MARTÍN, J., «Extinción del contrato por muerte o jubilación del empresario y prestaciones por desempleo». En OBRA COLECTIVA, *I Jornadas de la Facultad de Derecho. El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1984.
- MERCADER UGUINA, J. R., «Medidas de fomento de la ocupación y de control del fraude en la protección por desempleo», RL, 1994-1.
- «Desempleo y libre circulación de trabajadores», RMTAS, n° 7, 1998.
- MONEREO PÉREZ, J. L., *El sistema de protección por desempleo en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- NAVARRO GALLEL, C., y CORTES ASENSIO, S., «Principales innovaciones introducidas por el RDL 1/1992, en materia de fomento de empleo y protección por desempleo», AL, 1992-2.
- OLARTE ENCABO, S., «La protección por desempleo de los trabajadores extranjeros en el sistema español de Seguridad Social», AL, 1993-3.
- ORDEIG FOS, J. M., «Seguridad Social: revisión de los actos declarativos de derecho y reintegro de prestaciones. Especialidades en desempleo I y II», AL, 1994-2.
- «El subsidio por desempleo en la Ley de Seguridad Social», AL, n° 24, 1996.
- PAZ CANALEJO, N., y MERCADER UGUINA, J. R., La desprotección relativa por desempleo de los socios de Cooperativas de Trabajo Asociado: una discriminación normativa no razonable, Federación de Cooperativas de Trabajo Asociado de Euskadi, Bilbao 1993.
- PÉREZ ALONSO, M. A., «Las relaciones entre situaciones de ILT e invalidez provisional y las prestaciones de desempleo», AL, 1989-2.
- PÉREZ MENAYO, V., «La protección del desempleo en España y en los países de las Comunidades Europeas», Instituto de Estudios Sociales, Madrid, 1980.
- PLANAS GÓMEZ, M., «Prestación por desempleo», TS, n° 82, 1997.
- «Cotización para el desempleo», TS n° 104, 1999.
- RABANAL CARBAJO, P., «Trabajo a tiempo parcial y desempleo», REDT, n° 87, 1998.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., y GONZÁLEZ ORTEGA, S., «La extinción del contrato de trabajo y el desempleo», RSS, n° 12, 1981.
- SAGARDÓY BENGOCHEA, J. A., «Papel de la Seguridad Social en la lucha contra el desempleo», DL, n° 41, 1993.
- SÁNCHEZ-BARRIGA PEÑAS, R., «La protección por desempleo para socios de cooperativas», TL, n° 22, 1991.
- SÁNCHEZ PEGO, F. J., «El mantenimiento de la prestación por desempleo en la migración intracomunitaria», AL, 1993-1.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., «La nueva regulación del desempleo: la Ley 31/1984, y su Reglamento», DL, n° 15, 1985.
- TORTUERO PLAZA, J. L., «Titulares del derecho a las prestaciones por desempleo: los declarados inválidos», RPS, n° 138, 1983.
- «Dos sentencias constitucionales sobre desempleo», REDT, n° 31, 1987.
- «El subsidio por desempleo en los trabajadores eventuales del campo y su posible inconstitucionalidad», REDT, n° 41, 1990.
- «Nuevamente sobre los beneficiarios del subsidio de desempleo mayores de cincuenta y dos años», REDT, n° 60, 1993.
- TOSCANI GIMÉNEZ, D., *El subsidio de prejubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

- VALLE MUÑOZ, F. A., «Protección por desempleo durante la tramitación de recursos contra sentencias que declaren la improcedencia del despido», *AL*, n° 26, 1998.
- VICENTE PALACIO, A., «De nuevo sobre el reintegro de las prestaciones indebidas de Seguridad Social (concretamente, de desempleo): acerca del días a quo para el cómputo del plazo de prescripción de la acción en el supuesto de una prestación de desempleo de pago único (a propósito de las SSTs de 10 y 28 de febrero de 2000)», *TS*, n° 122, febrero 2001.
- VILLA GIL, L. E. y DESDENTADO BONETE, A., «Cobertura del desempleo». En *OBRA COLECTIVA*, I Jornadas de la Facultad de Derecho. El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1984.
- VIQUEIRA PÉREZ, C., *La prestación por desempleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.
- «Protección por desempleo y trabajo a tiempo parcial», *TS*, n° 85, 1998.
- ZAPIRAIN BILBAO, A., «La situación legal de desempleo y su acreditación. La determinación del momento del devengo de la prestación reconocida», *TS*, n° 103, 1999.