

“REFORMAS” Y “CONTRARREFORMAS” EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO. LA LEY 45/2002, DE 12 DE DICIEMBRE, COMO TELÓN DE FONDO

JESÚS R. MERCADER UGUINA¹

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Cantabria*

EXTRACTO

El propósito de este trabajo es el de analizar el impacto normativo propiciado por las que pudiéramos denominar “reforma” y “contrarreforma” del Sistema de Protección por Desempleo operado, respectivamente, por el RD-L 5/2002 y por la Ley 45/2002 deteniéndonos en los hitos más importantes marcados por ambas normas e intentando aportar nuestra interpretación a aquellos aspectos que todavía ofrecen duda en sus respectivos articulados. Sobre esta base el estudio pretende profundizar en el endurecimiento que han vivido los diferentes requisitos que integran tanto la prestación como el subsidio por desempleo. El estudio concluye con una reflexión prospectiva sobre el ser y deber ser del nuevo proceso de Seguridad Social que inaugura el nuevo art. 145 bis LPL.

¹ El autor quiere agradecer muy especialmente a Ricardo Escudero, las inteligentes sugerencias que, como siempre, éste le ha aportado en la realización de este trabajo.

ÍNDICE

1. Preliminar: fundamento y fines de una reforma “con freno y marcha atrás”

2. La reforma de la prestación por desempleo en la ley 45/2002. 2.1. Modificaciones en el régimen jurídico de la prestación de desempleo de determinados colectivos: socios de cooperativas de explotación comunitaria de la tierra y de trabajo asociado y trabajadores fijos discontinuos.

2.1.1. Dilatación del campo subjetivo de aplicación de la protección por desempleo: los socios de cooperativas de explotación comunitaria de la tierra. 2.1.2. La expulsión del socio como situación legal de desempleo en las cooperativas de trabajo asociado. 2.1.3. El “viaje de ida y vuelta” en la protección de los trabajadores fijos discontinuos. 2.2. Incentivos a la búsqueda activa de empleo: compromiso de actividad y colocación adecuada. 2.2.1. Significación y alcance del compromiso de actividad. 2.2.2. La obligación de aceptar una oferta adecuada de empleo. 2.3. El despido como situación legal de desempleo. 2.3.1. Efecto automático de la extinción y formas de acreditación de las causas extintivas. 2.3.2. La sensata desaparición de la exigencia del abono de la indemnización para que se produzca la extinción del contrato de trabajo. 2.4. Despido y novedades en la dinámica de la prestación por desempleo. 2.4.1. Inicio de la prestación coincidiendo con el cese efectivo en el trabajo. 2.4.1.1. Cese efectivo en el trabajo y automática constitución de la situación legal de desempleo. 2.4.1.2. Efectos de la declaración de improcedencia y su impacto sobre el estatuto de la prestación de desempleo. 2.4.1.2.1. Despido declarado improcedente y opción por la indemnización. 2.4.1.2.2. Despido declarado improcedente y opción por la readmisión. 2.4.3. Nacimiento del derecho a prestaciones y cómputo de las vacaciones no disfrutadas. 2.5. Causas de suspensión y extinción de la prestación por desempleo

3. La reforma del nivel asistencial de la protección por desempleo en la ley 45/2002. 3.1. Limitaciones en el acceso al subsidio de los emigrantes retornados. 3.2. Modificaciones en los requisitos de acceso al subsidio por desempleo: nuevos límites, nuevos controles. 3.2.1. Hacia una noción fiscal de las rentas computables. 3.2.2. Controles universales para el mantenimiento de los requisitos que deben cumplir los beneficiarios del derecho al subsidio por desempleo

4. Subsidio por desempleo en favor de los trabajadores eventuales incluidos en el régimen especial agrario de la seguridad social. 4.1. El régimen a extinguir del subsidio de desempleo establecido en el RD 5/1997. 4.2. La prestación por desempleo contributiva para los trabajadores eventuales del Régimen especial Agrario de la Seguridad Social. 4.3. El incierto futuro del programa de fomento de empleo agrario, de créditos para inversiones de las administraciones públicas en las comunidades autónomas de Andalucía y Extremadura y en zonas rurales deprimidas

5. Programas especiales de fomento de empleo para desempleados. 5.1. Promoción del “autoempleo” y lagunas en la “capitalización” del desempleo. 5.2. Compatibilidad entre trabajo por cuenta ajena y subsidio de desempleo. 5.3. Programa de sustitución de trabajadores en formación por trabajadores beneficiarios de prestaciones por desempleo. 5.4. La movilidad geográfica ¿una solución al paro?

6. Reformas procesales con trascendencia sobre la protección por desempleo: el “singular” proceso de seguridad social del art. 145 bis LPL. 6.1. Los polémicos orígenes de una norma. 6.2. Sobre el “mestizo” proceso de seguridad social del nuevo art. 145 bis LPL

1. PRELIMINAR: FUNDAMENTO Y FINES DE UNA REFORMA “CON FRENO Y MARCHA ATRÁS”

Puede afirmarse, sin temor a error, que la protección por desempleo ha sido uno de los territorios de la reforma permanente en materia de Seguridad Social. La inestabilidad normativa y el carácter constante de los cambios en esta materia es una de sus señas de identidad más acusadas si bien es cierto que el signo de las distintas reformas no han mantenido un rumbo uniforme. Si la evolución de sus magnitudes de beneficiarios y de gastos debería haber reflejado la evolución del ciclo económico, debiéndose esperar que en períodos de ciclo alto disminuya el número de beneficiarios, el período de prestación al que tienen derecho, la cuantía de la misma y, por tanto, el gasto general del sistema de protección por desempleo, mientras que en las fases de ciclo bajo el comportamiento esperable hubiera sido el inverso con el lógico establecimiento de mecanismos que controlen dicho gasto, tales previsiones no se han materializado en las últimas de las reformas, que se han mostrado claramente anticíclicas. En efecto, si las reformas habidas a finales de los ochenta en esta materia produjeron un sensible aumento de los beneficiarios y del gasto del sistema en una fase del ciclo económico alto y un crecimiento considerable de la tasa de cobertura de la protección por desempleo, a partir de 1992 se inicia una época de recesión en este terreno que afectará tanto a la fisonomía de los sujetos perceptores de la prestación por desempleo como, de forma muy significativa, en lo referente a los niveles de protección, con la particularidad de que es en un momento de bonanza económica y descenso del paro cuando se continúa la obra iniciada en el contexto recesivo descrito y se da una nueva vuelta de tuerca en la reducción de las garantías prestacionales².

² La reforma del sistema de prestaciones por desempleo supondrá un ahorro de 680,2 millones de euros (113.175 millones de pesetas) para el Estado en los doce primeros meses de aplicación. Así consta en las previsiones realizadas en el documento, “Síntesis de la valoración económica de las medidas de reforma de los sistemas de protección por desempleo y de gestión de las políticas de empleo”. De acuerdo con las estimaciones realizadas por la Administración, los

La reforma laboral emprendida por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, engarza con una lógica económica indudable que reprocha a los sistemas de seguro de desempleo “un efecto psicológico anestesiante del interés del desempleado en la búsqueda de ocupación”³. Todavía pesa la tendencia malthusiana a considerar a los desempleados como un grupo peligroso. Pero, sin llegar tan lejos, se atribuye el desempleo prolongado al exceso de generosidad en el sostenimiento de la renta de los desempleados. Para este enfoque, el seguro de desempleo, si bien no crea la situación de paro, sí la prolonga. A ello se añade el hecho de que la duración del desempleo se convierte en un handicap importante y uno de los factores que definen la empleabilidad del demandante de empleo. Desde este modo de pensar, el desempleo sería, ante todo, un problema de oferta laboral relacionado –más allá de los problemas reales de adaptación del sistema de cualificaciones profesionales a las exigencias de la demanda de trabajo– con las actitudes derivadas de la “posición de fuerza” adquirida por los parados con base en un sistema de protección ante el desempleo demasiado generoso.

La protección por desempleo plantea lo que los economistas denominan una situación de riesgo moral – esto es, la influencia de un seguro en la conducta de quien lo tiene⁴–. Este comportamiento se inserta en una sociedad que mira con recelo la posición de los beneficiarios de determinadas prestaciones y, en particular, la de desempleo, sujetos sobre los que plantea la sombra de la duda y la desconfianza social. Esta sospecha se ha visto acrecentada por las conclusiones alcanzadas por diversos estudios económicos. De este modo, se viene afirmando que los sistemas de protección contra el desempleo son duros y económicamente generosos, la gente aprende a vivir con subsidios y además conseguir ingresos suplementarios en la economía sumergida⁵. Esta lógica perversa parece presidir esta nueva reforma. La premisa es, pues, que las prestaciones por desempleo inciden negativamente y de forma muy significativa en el proceso de salida del paro hacia el empleo. La duración del subsidio

203.534 parados menos con derecho a desempleo en el plazo de un año se reparten de la siguiente manera: 46.326 por la reforma del subsidio agrario (con un ahorro de 133,4 millones de euros), 25.000 por la firma del compromiso de actividad (con un ahorro de 234,4 millones de euros), 47.000 por la nueva definición de empleo adecuado (con un ahorro de 93,1 millones de euros), 6.000 por el nuevo tratamiento de los fijos discontinuos (con un ahorro de 12,1 millones de euros), 8.700 por la regulación de los emigrantes españoles retornados (con un ahorro de 43,9 millones de euros), 23.842 por la incompatibilidad del derecho al subsidio con otras rentas (con un ahorro de 122 millones de euros) y 46.666 por la eliminación del fraude de despedir a trabajadores antes de vacaciones para recontractarlos a su término (41,3 millones).

³ J. L. MONEREO PEREZ, *El sistema de protección por desempleo en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 24.

⁴ J.E. STIGLITZ, *La economía del sector público*, Barcelona, Antoni Bosch, 1995, p. 330.

⁵ C. SEBASTIAN, *La creación de empleo en España: El papel de las imperfecciones del mercado laboral*, en J. GUAL (Coord.), *El reto social de crear empleo (Combatiendo el paro en Europa)*, Barcelona, Ariel, 1996, p. 181.

produce un efecto sobre la duración del paro, convirtiéndose en una “subvención a la ociosidad”⁶ pero, además, la exclusión prolongada del mercado de trabajo, al acentuar las dificultades de los parados, descualifica a éstos de cara a su reingreso en el mercado de trabajo. La probabilidad de obsolescencia en los conocimientos de los trabajadores que sufren situaciones prolongadas de paros, obviamente, mayor en una época de cambios radicales en la tecnología como la que estamos viviendo⁷.

Pero la referida reforma, como en la obra de Jardiel Poncela, lo ha sido con “freno y marcha atrás”. Una reforma que, después de producir una profunda turbulencia social, que tuvo una huelga general como su representación más evidente, ha vuelto a situar las cuestiones objeto de controversia en un punto relativamente similar a aquél sobre el que había actuado. No obstante, donde hubo fuego siempre queda el rescoldo, por que lo cierto es que la acción normativa de la Ley 45/2002 ha servido para modular de modo notable la inicial intervención del legislador pero ha dejado muestras inequívocas de los fines y de los objetivos que inicialmente perseguía.

Con todo, la reforma no llega a ser de ida y vuelta, ni, por ende, las cosas vuelven al pacífico devenir previo a la misma; buen ejemplo es el caso de los salarios de tramitación. Tras la Ley 45/2002, el empresario sigue teniendo la posibilidad de evitar que el trabajador devengue salarios de tramitación, si reconoce la improcedencia del despido, ofrece la indemnización de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio y la deposita en el Juzgado de lo Social en el plazo de cuarenta y ocho horas siguientes al despido, poniéndolo en conocimiento del trabajador. Si el depósito de la indemnización se realiza con posterioridad a las cuarenta horas siguientes al despido, los salarios de tramitación se devengarán hasta el momento del depósito. Desde el plano de la política del derecho, la Ley 45/2002 prosigue, de este modo, la línea perseguida por el RDL 5/2002 de reducir los costes del despido a través de seguir permitiendo que no se devenguen los referidos salarios. Es verdad que la Ley 45/2002 corrige la excesiva y poco matizada solución del RDL 5/2002 de eliminar pura y simple los salarios de tramitación en todos los casos de despido improcedente en los que el empresario optara por la indemnización, pero, tras la Ley 45/2002, el empresario sigue teniendo la posibilidad de evitar el devengo de salario tramitación alguno en los términos expuestos⁸.

⁶ R. LAYARD, La prevención del paro de larga duración: un análisis económico, en J. GUAL (Coord.), El reto social de crear empleo (Combatiendo el paro en Europa), Barcelona, Ariel, 1996, p. 75.

⁷ Sobre estos efectos, A. LINDBECK, Paro y macroeconomía, Madrid, Alianza Economía, 1993.

⁸ Sobre el contenido, en este punto, del RDL 5/2002, nos remitimos a I. GARCIA-PERROTE, J. MERCADER UGUINA, Reformas en materia laboral del RDL 5/2002, en I. GARCIA-PERROTE (Coord.), Comentarios de urgencia a la reforma de la protección por desempleo, Valladolid, Lex Nova, 2002, pp. 81-103.

2. LA REFORMA DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

2.1. Modificaciones en el régimen jurídico de la prestación de desempleo de determinados colectivos: socios de cooperativas de explotación comunitaria de la tierra y de trabajo asociado y trabajadores fijos discontinuos

2.1.1. Dilatación del campo subjetivo de aplicación de la protección por desempleo: los socios de cooperativas de explotación comunitaria de la tierra

En la normativa cooperativa anterior a la Ley 27/1999, de 16 de julio, existían socios trabajadores a los que se les aplicaba la misma normativa de las cooperativas de trabajo asociado como en el caso de las cooperativas de enseñanza cuando asocien profesores y a personal no docente y de servicios, y a las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra, por ello, conforme a criterios del INEM, se les venían otorgando, por analogía, las prestaciones por desempleo en las condiciones recogidas en el RD. 1043/1985, de 19 de junio. La Ley 27/1999 establece que las restantes sociedades cooperativas de primer grado aunque no sean de trabajo asociado, o de explotación comunitaria de la tierra... etc., podrán prever en sus Estatutos la admisión de socios de trabajo (personas físicas cuya actividad cooperativizada consista en la prestación personal de su trabajo en la cooperativa) a los que también se les aplicarán las normas sobre socios de cooperativas de trabajo asociado, y, por ello, se incluyen en la protección por desempleo esos socios de trabajo junto con el resto de socios trabajadores. Sobre esta base la Disposición Adicional 6ª de la Ley 45/2002 incorpora una disposición adicional tercera al RD 1043/1985, sobre protección por desempleo de los trabajadores de cooperativas de trabajo asociado. La nueva disposición establece que: “Los socios trabajadores de las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra, así como los socios de trabajo a que se refiere el apartado 4 del artículo 13 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, tendrán derecho a la protección por desempleo en las mismas condiciones establecidas para los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado”. La nueva norma pretende reforzar la posición de este tipo mixto de cooperativa íntimamente vinculado a los planes de desarrollo rural y que poseen, hasta el momento, un auge especial en determinadas zonas, singularmente, Castilla y León, así como Navarra.

Según el art. 94.1 de la Ley 27/1999, las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra son “las que asocian a titulares de derechos de uso y aprovechamiento de tierras u otros bienes inmuebles, susceptibles de explotación agraria, que ceden dichos derechos a la cooperativa y que prestan o no su trabajo en la misma, pudiendo asociar también a otras personas físicas que, sin ceder a la cooperativa derechos de disfrute sobre bienes, prestan su trabajo en

la misma, para la explotación en común de los bienes cedidos por los socios y de los demás que posea la cooperativa por cualquier título, así como desarrollar las actividades recogidas en el artículo 93.2 para las cooperativas agrarias”. En este tipo de cooperativas cabe hallar dos clases de socios. De un lado, los “socios cedentes”, que son los titulares de derechos de uso y aprovechamiento de tierras u otros bienes inmuebles susceptibles de explotación agraria y los “socios trabajadores”, que son “las personas físicas que, sin ceder a la cooperativa derechos de disfrute sobre bienes, presten su trabajo en la misma y que tendrán únicamente la condición de socios trabajadores” (art. 95.1.b) Ley 27/1999).

Se trata, esta última, de una institución muy próxima a la existente en las cooperativas de trabajo asociado, como pone de relieve el hecho de que el art. 95.2 Ley 27/1999 establezca que se aplicará a este colectivo el mismo régimen que a los que desarrollan su actividad en el referido tipo cooperativo, si bien “con las excepciones contenidas en dicha sección”⁹. En cuanto a los socios de trabajo, en las sociedades cooperativas de primer grado, que no sean de trabajo asociado o de explotación comunitaria de la tierra y en las de segundo grado, los Estatutos pueden prever su admisión en esta condición cuando se trate de personas físicas cuya “actividad cooperativizada” consista en la prestación de su trabajo personal en la cooperativa (art. 13.4 Ley 27/1999), quedando también asimilados a los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado.

No obstante, y a pesar de la reforma que analizamos, todavía es posible apreciar sonoras omisiones en la protección por desempleo de los socios de cooperativas de trabajo asociado: en concreto, la de los socios de duración determinada. Tal omisión deriva del hecho de que tal situación de pérdida de empleo no se encuentra encuadrada en las disposiciones que regulan la situación legal de desempleo para los socios trabajadores, en concreto; RD. 1043/1985, de 19 de junio, por el que se amplía la prestación por desempleo a los socios trabajadores de Cooperativas de Trabajo Asociado. La figura del socio de duración determinada o “socio temporal” responde a las necesidades de contratación del mercado cooperativo actual y, además, logra la igualdad entre los socios, sin prescindir de la ideología y la filosofía del régimen cooperativo. Se trata de una figura fundamental para la evolución cooperativa, que persigue un mayor nivel de implicación entre la empresa y el trabajador. La omisión de tal circunstancia como situación legal de desempleo constituye una significativa omisión.

⁹ Sobre las mismas, P. MORGADO PANADERO, El régimen laboral y de Seguridad Social de los socios trabajadores en las cooperativas de trabajo asociado, AL, 2002, n° 28, p. 583.

2.1.2. La expulsión del socio como situación legal de desempleo en las cooperativas de trabajo asociado

Reforma importante en el ámbito cooperativo es la contenida en el nº 2 de la Disposición Adicional 6ª de la Ley 45/2002, que ha modificado el apartado a) del art. 3 del RD 1043/1985, que hasta este momento establecía que “en el momento de expulsión del socio será necesaria la resolución judicial definitiva de la jurisdicción competente que declare expresamente la improcedencia de la expulsión”. Tras la referida reforma, ahora se establece que “en el supuesto de expulsión del socio será necesaria la notificación del acuerdo de expulsión por parte del consejo rector de la cooperativa, indicando su fecha de efectos, o, en su caso, el acta de conciliación judicial o la resolución definitiva de la jurisdicción competente que declare expresamente la improcedencia de la expulsión”.

La regulación precedente había generado una intensa conflictividad centrada, básicamente, en la radical negativa de la jurisdicción social a equiparar el acuerdo de las partes en el SMAC a la “resolución judicial” a la que hacía referencia el antes citado art. 3 a) RD. 1043/1985¹⁰, sobre la base de que la naturaleza del socio cooperativista rechaza, por principio, el concepto y significado del despido laboral, teniendo la expulsión de la sociedad un cauce de articulación específico. La nueva regulación continúa excluyendo la declaración de improcedencia de la expulsión admitida en un acta de conciliación administrativa de la extinción, sobrevolando en dicha limitación la posibilidad de actos de connivencia fraudulenta entre los socios, mientras ahora admite el “acta de conciliación judicial”. Sin embargo, la implícita declaración de autonomía de los supuestos de expulsión del despido laboral no se lleva hasta sus últimas consecuencias y la técnica implantada en el supuesto tipo de extinción laboral se exporta en este caso al ámbito cooperativo.

Como seguidamente veremos, la nueva regulación elimina para acceder a la prestación de desempleo determinadas exigencias que, con anterioridad a la Ley 45/2002, se imponían legalmente, bastando ahora para constituir tal situación con que el trabajador presente su carta de despido en el INEM para ser acreedor de tales prestaciones, y ello con independencia de que reclame o no frente al despido. La traslación de este criterio al ámbito al que nos venimos refiriendo lleva consigo que en caso de expulsión del socio éste pueda constituir la situación legal de desempleo desde el momento del cese efectivo, para lo cual será suficiente la presentación de “la notificación del acuerdo de expulsión por parte del consejo rector de la cooperativa, indicando su fecha de efectos”.

¹⁰ Para un estudio más detenido de dichas posiciones, N. PAZ CANALEJO, J.R. MERCADER UGUINA, *La desprotección por desempleo de los socios de cooperativas de trabajo asociado*, Vitoria, Ed. Cronos, 1993, pp. 141-143.

2.1.3. El “viaje de ida y vuelta” en la protección de los trabajadores fijos discontinuos

El art. 15.8 ET, en la redacción dada por el RDL 5/2001, de 2 de marzo, que entró en vigor el día 4 de marzo de 2001, y posteriormente se incorporó a la Ley 12/2001, de 9 de julio, escindió el contrato para fijos discontinuos en dos submodalidades: “8. El contrato por tiempo indefinido de fijos-discontinuos se concertará para realizar trabajos que tengan el carácter de fijos-discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa. A los supuestos de trabajos discontinuos que se repitan en fechas ciertas les será de aplicación la regulación del contrato a tiempo parcial celebrado por tiempo indefinido. Los trabajadores fijos-discontinuos serán llamados en el orden y la forma que se determine en los respectivos convenios colectivos”¹¹.

El RDL 5/2002 procedió a excluir del ámbito de protección por desempleo, durante los períodos de inactividad, a los trabajadores fijos discontinuos cuyos cometidos profesionales no se extendieran durante todo el año, sino a una parte del mismo que se repite en fechas ciertas y conocidas con antelación (hostelería, enseñanza, trabajos forestales, etc.). De este modo, sólo los fijos discontinuos de actividad incierta quedan comprendidos en la situación legal de desempleo cuando éstos carezcan de ocupación efectiva. Esta situación provocaba la paradoja de que pudiera resultar más favorable la sujeción a contratos temporales discontinuos que a uno único e indefinido.

La anterior situación había sido anticipada por el INEM en la Instrucción de la Dirección General del INEM de 8 de octubre de 2001 que, dictada con ocasión de la reforma laboral del 2001, intentaba generar la imposibilidad de acceso a las prestaciones de un importante número de trabajadores fijos discontinuos que, en determinados sectores, caso de hostelería, hubieran pactado en convenio colectivo la prestación de servicios en fecha cierta. En estos casos, el hecho determinante que da lugar a la situación legal de desempleo es la falta de ocupación efectiva, faltando la misma tanto en el caso de los trabajadores fijos discontinuos que prestan su actividad en fechas ciertas y repetidas como en aquellos otros en los que no concurre tal situación.

La nota aclaratoria de 12 de junio de 2002 de la Dirección General del INEM sobre el punto 2 del art. 1 del RDL 5/2002, de 24 de mayo, referido a

¹¹ Extensamente, J.M. GOERLICH PESET, Trabajos fijos periódicos y trabajos fijos discontinuos: ¿El final de una larga distinción?, TL, 2001, n° 61, pp. 125-148; J.L. GOÑI SEIN, La nueva regulación del trabajo a tiempo parcial tras la reforma de 2001, en I. GARCÍA-PERROTE (Coord.) La reforma laboral de 2001 y el Acuerdo de negociación colectiva para el año 2002, Lex Nova, Valladolid, 2002, pp. 104-116, también F. CAVAS MARTINEZ, El contrato por tiempo indefinido de los fijos discontinuos, en AA.VV., Análisis de la Ley 12/2001, de 9 de julio. La reforma laboral del 2001, Pamplona, Aranzadi, 2001, pp. 56-60.

la protección por desempleo de los trabajadores fijos de carácter discontinuo, establecía el siguiente estado de cosas:

- Los contratos de fijos discontinuos celebrados con anterioridad al 4 de marzo de 2001 al amparo de normativa anterior a la establecida en el art. 15.8 ET, tendrán derecho a la protección por desempleo prevista para los trabajadores fijos discontinuos en la nueva redacción del art. 208.1.4 LGSS fijada por el RDL 5/2002, pudiendo, por tanto, acceder a la protección cuando dejen de prestar servicios por haber finalizado o haberse interrumpido la actividad intermitente o de temporada de la empresa.

- Los contratos de fijos discontinuos celebrados como tales a partir del 4 de marzo de 2001, (incluidos los celebrados con posterioridad al 26 de mayo de 2002, fecha de entrada en vigor del RDL 5/2002), tendrán derecho a la protección por desempleo en idénticas condiciones a como la venían recibiendo desde su formalización. En consecuencia, a partir del RDL 5/2002, de 24 de mayo, se podrá acreditar la condición de trabajador fijo discontinuo que se exige para obtener la protección por desempleo que se destina a ese colectivo, tanto con los contratos de fijo discontinuo anteriores al 4 de marzo de 2001, como con los contratos formalizados como fijos discontinuos posteriores al 4 de marzo de 2001.

Ahora, el art. 208.1.4 LGSS, en la redacción que al mismo da la Ley 45/2002, establece que “igualmente se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores fijos discontinuos, de acuerdo con lo que se disponga en desarrollo de esta norma, en los períodos de inactividad productiva”. Por tanto, se mantiene, en tanto en cuanto no se proceda al desarrollo de dicha norma, lo previsto en el art. 1.5 RD. 625/1985 que establece: “Cuando los trabajadores fijos discontinuos dejen de prestar servicios por haber finalizado o haber interrumpido la actividad intermitente o de temporada de la empresa mediante la presentación de copia del contrato que acredite el carácter de la relación laboral y comunicación escrita del empresario...”.

La anterior conclusión queda confirmada con la lectura de la Disposición Adicional 4ª con la que se pretende aclarar que la nueva redacción del art. 208.1.4 LGSS, hecha por el RDL 5/2002, afecta tanto a los trabajadores con contratos fijos periódicos antes de 4 de marzo de 2001, fecha en que entró en vigor el RDL 5/2001, de 2 de marzo, como a los trabajadores con contratos de fijos discontinuos concertados con posterioridad a dicha fecha. La referida regulación supone, en todo caso, que todos aquellos trabajadores discontinuos, denominados fijos periódicos, que por tener una jornada flexible o una jornada irregular (situación que se produce en el transporte turístico, en los aeropuertos y en el sector de hostelería), hasta el año 2001 eran denominados fijos discontinuos, al igual que ahora lo son aquellos a que se refiere el art. 15.8 ET, tienen derecho a obtener, en los periodos de intercampana, la correspondiente prestación por desempleo si cumplen los requisitos necesarios para causarla.

2.2. Incentivos a la búsqueda activa de empleo: compromiso de actividad y colocación adecuada

2.2.1. Significación y alcance del compromiso de actividad

El régimen jurídico de la prestación de desempleo ha encontrado en la involuntariedad el requisito central para acceder a esa protección. La tutela del paro involuntario, esto es, aislado de cualquier voluntad del asegurado y el establecimiento de incentivos a la búsqueda de empleo son los presupuestos esenciales sobre los que ha actuado la reciente Ley 45/2002. A efectos de protección social, sólo es desempleado quien quiere trabajar, pero la voluntad de desempeñar una actividad laboral resulta difícil de precisar. En primer lugar, porque, como todo acto dependiente de la voluntad, sólo de forma muy imperfecta es observable desde el exterior, a través de la conducta que el sujeto realiza¹². Quizá por ello se ha dicho que estudiar los móviles de un acto o de una decisión supone penetrar hasta la esencia misma del Derecho, hasta la causa profunda de los actos jurídicos, ya que los móviles no son otra cosa que resortes de la voluntad. En segundo lugar, porque la voluntad de trabajo no es un valor absoluto.

En efecto, varios son los factores que pueden intervenir a la hora de aceptar un empleo¹³, entre ellos, las características del empleo o las circunstancias personales y familiares. Si el individuo sin trabajo tiene una edad avanzada, la probabilidad de no aceptar un trabajo es mucho mayor, ya que estaría cerca de la situación de inactividad y del acceso a una pensión de jubilación. Situación contraria se daría para el caso de personas de menor edad, al presentar una vida laboral más larga. Por lo que respecta a las circunstancias familiares, la situación respecto al cabeza de familia dentro de la unidad familiar puede ser una variable de indudable transcendencia económica, en tanto que condiciona la actitud del individuo. Igualmente, el tiempo que se lleva en desempleo puede modificar la actitud frente al empleo, pudiéndose suponer que, a medida que aumenta la duración, la utilidad derivada del ocio comience a decrecer e incluso se convierta en negativa. Un período prolongado de desempleo puede ser una característica negativa de los trabajadores que desaconseje su contratación a los empleadores¹⁴. La duración del desempleo deviene, así, un

¹² A. DESDENTADO, A. DE LA PUEBLA, La reforma de la protección por desempleo en la Ley 45/2002, de próxima publicación.

¹³ Ampliamente, A. VAQUERO GARCIA, Incentivos y desincentivos a la búsqueda de empleo. Análisis económico de la prestación por desempleo, Madrid, CES, 2002, pp. 163-169.

¹⁴ I. CEBRIAN, C. GARCIA SERRANO, J. MURO, L. TOHARIA, E. VILLAGOMEZ, Prestaciones por desempleo, duración y recurrencia del paro, J.J. DOLADO y J.F. JIMENO (Comp.), Estudios sobre el funcionamiento del mercado de trabajo español, Madrid, FEDEA, 1995, p. 173.

handicap importante y uno de los factores que definen la empleabilidad del demandante de empleo. La exclusión prolongada del mercado de trabajo, al acentuar las dificultades de los parados, descualifica a éstos, de por sí poco cualificados, de cara a su reingreso en el mercado de trabajo. Finalmente, el control de la Administración es otro de los factores a tener en cuenta: el nivel de esfuerzo o intensidad de búsqueda de empleo está muy relacionado con la capacidad de control de la entidad gestora de las prestaciones por desempleo; de este modo, cuanto mayor sea el grado de supervisión de los esfuerzos del desempleado por salir de esta situación, menor será la probabilidad de rechazo de las ofertas de empleo y menores serán los impedimentos que tengan los desempleados para no aceptar el trabajo propuesto.

Es en este último aspecto en el que parece haberse concentrado gran parte del cambio normativo. El control de la voluntad de trabajo es el objetivo central al que se ha dirigido la última reforma en esta materia. Tradicionalmente, el eje de la regulación –aparte de otras medidas indirectas, como la tasa de cobertura decreciente, el límite temporal de la protección y la carga de obligaciones administrativas y formativas sobre el beneficiario– se había centrado en dos exigencias: la inscripción del parado como demandante de empleo y su obligación de aceptar una oferta de trabajo adecuada. El nuevo art. 207.c) LGSS, en la redacción que al mismo da la Ley 45/2002, introduce un cambio trascendente, a saber: la condición de beneficiario de la protección por desempleo no se demuestra únicamente con la inscripción como demandante de empleo, sino que la norma exige acreditar tal condición a través de la disponibilidad para “buscar activamente empleo” y para aceptar una “colocación adecuada”.

Sobre las anteriores bases y con tal objetivo, la Ley 45/2002, consagrando la posibilidad ya anticipada por el RDL 5/2002, importa un concepto que, como veremos, poseía cierta tradición en el ámbito de la normativa sobre inserción: el compromiso de actividad¹⁵. De este modo, junto con la situación legal de desempleo, el trabajador deberá acreditar que busca activamente empleo y que está dispuesto a aceptar colocación adecuada. Dicha acreditación se realiza mediante la firma del compromiso de actividad, que deberá suscribirse en la fecha de la solicitud de la prestación o el subsidio de desempleo (art. 209. 1 LGSS). De este modo y, dentro de las diversas vertientes de la involuntariedad sobre las que actúa la reforma, el compromiso de actividad produce un significativo desplazamiento en la involuntariedad, “que ya no es tanto de origen sino de ejercicio”¹⁶.

¹⁵ Más extensamente, permitimos remitir a nuestro estudio, El “compromiso de actividad”: significado, contenido y alcance, de próxima publicación en la Revista Relaciones Laborales.

¹⁶ M. RODRIGUEZ-PINERO, La nueva dimensión de la protección por desempleo, RL, 2002, nº 13, p. 9.

En el apartado Once del artículo primero de la Ley 45/2002, se incorporan dos nuevas obligaciones –la h) y la i)– de los solicitantes y beneficiarios de prestaciones al nuevo apartado 1 del art. 231 LGSS, completando las ya contenidas en las letras anteriores de dicho artículo, con las de:

“h) Suscribir y cumplir las exigencias del Compromiso de Actividad.

i) Buscar activamente empleo, participar en acciones de mejora de la ocupabilidad, que se determinen por el Servicio Público de Empleo competente, en su caso, dentro de un itinerario de inserción.

Sin perjuicio de la obligación de acreditar la búsqueda activa de empleo, la participación en las acciones de mejora de la ocupabilidad será voluntaria para los beneficiarios de prestaciones contributivas durante los cien primeros días de percepción, y la no participación en las mismas no conllevará efectos sancionadores”.

Hay que distinguir entre ambas obligaciones. La establecida en la letra i) es una obligación específica identificada “per se”, mientras que la que se recoge en la letra h) agruparía, además de la suscripción del Compromiso, todas aquellas obligaciones y exigencias diferentes a la búsqueda de empleo y participación en acciones de mejora de la ocupabilidad que se determinen por el Servicio Público de Empleo.

El compromiso de actividad se define en el nuevo apartado 2 del art. 231 LGSS como “el que adquiere el solicitante o beneficiario de las prestaciones de buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad, así como de cumplir las restantes obligaciones previstas en este artículo”. La exigencia se mantiene en los arts. 209.1 y 212.1 a) LGSS en relación con el art. 17.1 LISOS, tanto para la inscripción inicial como para la renovación de la demanda.

De la lectura de los anteriores preceptos se deduce con claridad que legalmente se impone la suscripción del compromiso de actividad, en el modelo administrativamente establecido, en todos los procesos de solicitud de alta inicial de las prestaciones o subsidios por desempleo cuya solicitud, dentro o fuera de plazo, se realice a partir de dicha fecha, así como en el primero de los procesos de solicitud de reanudación de prestaciones o subsidios por desempleo o de solicitud de prórrogas del subsidio por desempleo que se realice a partir de la fecha citada, pero, en estos dos últimos casos, sólo se exigirá si no se realizó la suscripción del Compromiso en el proceso de solicitud de alta inicial del derecho. Por tanto, la suscripción del Compromiso de Actividad se exigirá por una sola vez y en el primer proceso de solicitud de prestación o de subsidio por desempleo que se presente, inclusive, y deberá realizarse en la misma fecha de la solicitud siendo, en todo caso, un requisito subsanable (art. 25.1.RD. 625/1985).

A nuestro juicio, y tal como trataremos de fundar seguidamente, el “compromiso de actividad”, en el modo en que ha quedado configurado por la Ley

45/2002, no pasa de ser una cláusula accesoria de tipo modal prevista legalmente y que acompaña a una resolución administrativa declarativa de derechos como es, en este caso, aquella que otorga la prestación por desempleo.

Como es sabido, los actos administrativos, a menudo, contienen “medidas”, “cláusulas particulares”, “cláusulas adicionales” y otros elementos añadidos con distintas denominaciones. Todos estos elementos del acto administrativo se han agrupado, frecuentemente, bajo la denominación general de “cláusulas accesorias”¹⁷. Junto a la posibilidad de que los actos administrativos queden sometidos a condiciones o términos, resulta perfectamente posible que los mismos vengan sometidos a un “modo”. Los modos o cargas constituyen, en las resoluciones declarativas de derechos, obligaciones de realizar, tolerar u omitir determinadas actuaciones de la Administración, vinculadas al derecho otorgado¹⁸. Estos modos o cargas constituyen cláusulas legales cuando las mismas, como es el caso, se encuentran previstas en ley o en norma aplicable (*modus iuris*) y, en estos casos, su imposición garantiza que la resolución pueda cumplir los fines generales de la ley. Finalmente, el modo no integra el contenido del derecho, sino que constituye una obligación que se añade al derecho otorgado, sin que, normalmente, se encuentre vinculado a la eficacia de la resolución pues, con carácter general, el incumplimiento del modo da lugar a sanciones y sólo excepcionalmente determina la caducidad de la resolución.

Aplicados los anteriores rasgos identificadores al “compromiso de actividad”, se ofrece con cierta claridad que tal institución cumple funciones y persigue fines similares a los modos en el acto administrativo. Los actos de reconocimiento o denegación de las prestaciones “son, materialmente hablando, actos administrativos en tanto están dictados por un órgano estatal, en virtud de su potestad de imperium y conforme a unas reglas predeterminadas de actuación”¹⁹ en los que el modo complementa su fin típico obteniéndose a su través fines complementarios a los principales perseguidos²⁰. Si bien es cierto, como se ha señalado, que la reglamentación del servicio es, en el ámbito de la Seguridad Social, “especialmente detallada, configurando sus normas auténticos derechos de contenido bien delimitado, cuya determinación remite a una simple aplicación de los preceptos que con carácter general establecen el nivel de cada prestación, con total exclusión en muchas de ellas de todo

¹⁷ Extensamente, F. VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 37.

¹⁸ A. GALLEGO ANABITARTE, A. DE MARCOS, *Derecho Administrativo I. Materiales*, Madrid, UAM, 1993, pp. 354-355.

¹⁹ A. PALOMAR OLMEDA, *Derecho Público de la Seguridad Social*, Barcelona, Ariel, 1993, p. 180.

²⁰ F. VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, cit., pp. 128, 272-273.

margen de discrecionalidad y plenamente justiciable ante la jurisdicción”²¹, parece claro que el “compromiso de actividad” excede del contenido propio de la prestación otorgada y se configura como un gravamen administrativamente impuesto y que se añade al contenido típico de la prestación, de cuyo incumplimiento se derivan efectos sancionadores.

Su carácter accesorio y legalmente vinculado con la resolución administrativa declarativa de derechos lo dota de un evidente “parecido de familia” con los “modos iuris” parecido que, paralelamente, lo separa, en este concreto caso, de cualquier aire contractual, sea cual fuere la especie bajo la que contemplemos al mismo. Es evidente que del “compromiso de actividad” aparece borrado cualquier concierto de voluntades y en el mismo se aprecia, en primer plano, la exigencia imperativa de la Administración con su poder de coerción para requerir su exigencia. Si la esencia de la autonomía privada reside en la identidad entre el sujeto del negocio y el sujeto del interés regulado o, si se prefiere, en la coincidencia inmediata entre interés regulado y poder y voluntad reguladores, tales identidades y coincidencias no se aprecian de forma nítida en la construcción jurídica del referido compromiso de actividad.

El incumplimiento de las exigencias del compromiso de actividad consistirá en la comisión de todas aquellas conductas que, por acción u omisión, impliquen la falta de desarrollo o la imposibilidad de aplicar todas las medidas inherentes al citado compromiso de actividad, explicitadas en el apartado 2 del art. 231 LGSS, en la nueva redacción dada por la Ley 45/2002.

El incumplimiento del compromiso tiene, sin embargo, efectos importantes, pues, de acuerdo con el nuevo art. 17.1 c) de la LISOS, se configura, salvo que proceda otra calificación, como infracción leve sancionable con la pérdida de la prestación, de acuerdo con una escala que va de un mes para la primera infracción, a la extinción del derecho a la prestación, para la cuarta. En la regulación del RDL 5/2002, era también sancionable la no acreditación de la búsqueda activa de empleo, pero esta infracción planteaba problemas de tipificación: “por una parte, era difícil precisar y acreditar la búsqueda activa de empleo; por otra, no se sancionaba una acción u omisión, sino la falta de prueba de haber realizado una acción prevista por la ley”²². Con buen criterio, esta infracción ha desaparecido del nuevo art. 17.1.c) de la LISOS, en la versión de la Ley 45/2002. En todo caso, como con acierto se ha señalado, “esta valoración menor de la infracción de la no búsqueda activa de empleo permite deducir que el punto neurálgico del compromiso de actividad no está tanto en obligarse el desempleado a la búsqueda activa de empleo, dentro o fuera de

²¹ E. GARCIA DE ENTERRIA, T. R. FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1998, II, p. 76.

²² A. DESDENTADO, A. DE LA PUEBLA, *La reforma de la protección por desempleo en la Ley 45/2002*, de próxima publicación.

las oficinas de colocación, sino en comprometerse a no rechazar una oferta de empleo adecuada o un programa de formación que le haga el servicio público correspondiente”²³.

2.2.2. *La obligación de aceptar una oferta adecuada de empleo*

Si bien la voluntad de trabajo se expresa aceptando una oferta de empleo, el desempleado se encuentra obligado a aceptar aquellas ofertas de colocación que resulten adecuadas. La necesidad de aceptar la colocación adecuada que se ofrece no es sino una carga que debe aquél soportar si no quiere perder el derecho a prestaciones económicas. De este modo, quien, careciendo de empleo, no lo busque de forma activa o rechace las ofertas de trabajo que le hagan, no puede, en la lógica de las cosas, llamarse desempleado²⁴.

Por lo que hace a la obligación de aceptar una oferta adecuada de empleo, es ésta una noción básica en el sistema de protección, al imponer al beneficiario una obligación concreta y objetiva. En la regulación anterior al RDL 5/2002 y a la Ley 45/2002, la oferta de colocación adecuada se construía sobre tres elementos: el funcional, el económico o retributivo y el territorial o topográfico²⁵, presupuestos que estructuralmente conserva la nueva regulación.

En el plano funcional, se señala que la ocupación adecuada es la que se corresponde con la profesión habitual del beneficiario o con la última actividad laboral desarrollada, pero también cualquier otra que corresponda a sus aptitudes físicas y formativas. En todo caso, la norma precisa que para entender adecuada la colocación coincidente con la última actividad desempeñada, ésta no debe ser ocasional sino tener una duración de, como mínimo, tres meses, plazo que, como es evidente, se identifica con el legalmente establecido para acceder a la protección por desempleo del nivel asistencial.

La referida exigencia tiene como consecuencia la de hacer inadecuada la oferta de trabajo cuando la misma no se ajuste a las características físicas del beneficiario. Las aptitudes físicas son, por tanto, un rasgo fácilmente precisable, pues nadie se encuentra obligado a aceptar un trabajo que no puede realizar. Más problemas plantea, sin embargo, la limitación formativa²⁶. Si la movilidad que implica la oferta de empleo es ascendente, la adecuación estará condicionada por la titulación o la autorización administrativa requerida para el desempeño de la actividad o, incluso, por la capacidad real para realizarla, y

²³ M. RODRIGUEZ-PIÑERO, La nueva dimensión de la protección por desempleo, cit., p. 12.

²⁴ S. GONZALEZ ORTEGA, La Ley 31/1984, de protección por desempleo: objeto de la protección y personas protegidas, en AA.VV., Comentarios a la nueva legislación laboral, Madrid, Tecnos, 1985, p. 216.

²⁵ Sobre ellos, vid. A. DESDENTADO BONETE y J.R. MERCADER UGUINA, El desempleo como situación protegida, Madrid, Civitas, 1996, pp. 39-49.

²⁶ vid. A. DESDENTADO BONETE y J.R. MERCADER UGUINA, El desempleo como situación protegida, cit., p. 40.

lo mismo ocurrirá si la movilidad es horizontal. Pero si es descendente, la solución es más cuestionable, pues entran en conflicto dos consideraciones contrapuestas: la limitación estricta de la protección a los supuestos de paro efectivo y la garantía del “status” profesional del trabajador y de su formación, que puede verse gravemente afectada por la aceptación de este tipo de trabajos, que disminuye además las posibilidades de empleo dentro del ámbito de cualificación, ya que, además, las medidas de fomento del empleo se limitan a los desempleados, no a quienes se encuentran en una situación de subempleo. Por todo ello, en el marco de la protección contributiva de duración limitada, hay que entender que el trabajador no está obligado a aceptar una oferta que lesione gravemente su cualificación y sus expectativas futuras de obtener un empleo ajustado a su formación.

En este sentido, el nuevo art. 231.3.2º LGSS establece que “transcurrido un año de percepción ininterrumpida de las prestaciones, además de las profesiones anteriores, también podrán ser consideradas adecuadas otras colocaciones que a juicio del Servicio Público de Empleo puedan ser ejercidas por el trabajador”. Se elimina en esta nueva redacción la previsión que contenía el RDL 5/2002, a tenor de la cual, transcurrido un año en desempleo, el Servicio Público de Empleo podía ofrecer al trabajador otros empleos diferentes de su profesión habitual o del que se ajustase a sus aptitudes físicas y formativas o coincidente con el último desempeñado. Tal regulación, que había sido negativamente recibida al considerar que la misma suponía la supresión del derecho a la formación y readaptación profesionales de los trabajadores desempleados, pues cuando los mismos llevaran más de un año percibiendo prestaciones por desempleo, se les imponía la obligación de aceptar una colocación que no necesariamente había de corresponderse con sus aptitudes físicas y formativas, puede contribuir a perpetuar un desajuste profesional y personal en el trabajador, lo que podría vulnerar su derecho a elegir una profesión u oficio acorde con la realidad profesional, social o económica (art. 35.1 CE) y su derecho a la formación y readaptación profesionales (art. 40.2 CE). La nueva regulación supone que se aplique un único y exclusivo concepto de colocación adecuada durante toda la percepción de las prestaciones por desempleo.

El elemento salarial o económico de la adecuación también se ha modificado. En la normativa anterior a la reforma era retribución adecuada cualquiera que fuera equivalente a la establecida para el puesto de trabajo que se ofrezca. Ahora, esta garantía se mantiene, pero se establece en relación con el salario del empleo ofrecido, –una vez descontados, en su caso, los gastos de desplazamiento– que, en todo caso, no puede ser inferior al importe del salario mínimo interprofesional. Se mantiene, igualmente, la irrelevancia de la relación entre el importe del salario ofrecido y la prestación de desempleo disfrutada, con lo que puede ser adecuado un empleo con salario inferior a la prestación, así como el salario del empleo anterior o las expectativas de sala-

rio que puede tener el trabajador en función de sus cualificaciones profesionales, lo que puede plantear problemas en relación con el art. 10 del Convenio 44 de la OIT.

En el plano territorial, la adecuación quedaba condicionada, con anterioridad a la Ley 45/2002, a que el trabajo ofrecido no debía implicar cambio en la residencia habitual, salvo que el trabajador tuviera posibilidad de encontrar un alojamiento apropiado en el lugar del nuevo empleo. En el nuevo régimen, se contemplan tres supuestos en los que, desde la perspectiva territorial, se considera injustificada la negativa a aceptar el empleo: cuando el empleo se ofrece en la localidad en la que reside habitualmente el trabajador; cuando está situado en un radio de 30 km. desde la residencia habitual –con la matización de que el rechazo puede justificarse si se acredita por el trabajador que el tiempo para el desplazamiento de ida y vuelta supera el 25% de la jornada diaria o que su coste supone un gasto del 20% del salario mensual–; y cuando el trabajador puede encontrar un alojamiento apropiado en el lugar del nuevo empleo.

El párrafo 4 del nº 3 del art. 231 de la LGSS, en la versión del RDL 5/2002, establecía que la colocación se entendería adecuada si reúne los requisitos anteriores con independencia de la duración del trabajo –indefinido o temporal–, de la jornada –a tiempo completo o parcial– o de la cotización o no a la contingencia de desempleo en el régimen en el que esté encuadrado el trabajo ofertado. En la nueva redacción de la Ley 45/2002 desaparece, por innecesaria, como pone de manifiesto la Enmienda Transaccional incorporada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario de Convergencia i Unió, la referencia a la existencia de cotización por desempleo en el nuevo trabajo. Se suprime, igualmente, el párrafo final que contenía el RDL 5/2002 (“lo señalado en los párrafos anteriores se entenderá sin perjuicio de lo establecido en el art. 221 de esta Ley, respecto de la compatibilidad de las prestaciones por desempleo con el trabajo a tiempo parcial”), precepto posiblemente redundante puesto que sólo venía a confirmar que cuando se ofrece un trabajo a tiempo parcial adecuado éste es compatible con el mantenimiento de las prestaciones y ello ya venía establecido en el art. 221 LGSS.

Finalmente, la Ley 45/2002 procede a modificar la referencia contenida en el RDL 5/2002, a tenor de la cual “el Servicio Público de Empleo podrá modificar lo previsto en los párrafos anteriores y adaptar su aplicación a las circunstancias profesionales, personales y familiares del desempleado, teniendo en cuenta el itinerario de inserción fijado”. Se dejaba a la discrecionalidad del funcionario o miembro del Servicio Público de Empleo el sistema para valorar el carácter adecuado de la colocación, sin establecerse criterio alguno al que hubiera de sujetarse dicho funcionario para efectuar tal valoración, lo que llevó a considerar que tal regulación podría vulnerar lo dispuesto en el art. 35.1 CE, así como los principios constitucionales de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos

consagrados en el art. 9.3 CE²⁷. La nueva regulación suprime tan severa intervención, pues aunque sólo es posible interpretar que el Servicio Público de Empleo puede adaptar la aplicación del concepto de colocación adecuada a las circunstancias del trabajador en su beneficio y dentro de los límites fijados en la definición legal, tal exigencia podía resultar perturbadora. En todo caso, se mantiene que la aplicación de un concepto genérico como el de colocación adecuada debe ponderarse en relación con las circunstancias específicas, de carácter profesional y personal, del trabajador, a la conciliación de la vida laboral y familiar, a las características del puesto de trabajo ofertado, a la existencia de medios de transporte suficientes y a las características de los mercados locales de empleo.

2.3. El despido como situación legal de desempleo

2.3.1. Efecto automático de la extinción y formas de acreditación de las causas extintivas

Como es sabido, con la anterior regulación, el inicio de la situación legal de desempleo no coincidía con la producción del efecto extintivo. El art. 208.1 c) LGSS se refería a la necesidad de que la procedencia se declarase mediante sentencia del orden social, precisando el art. 209.3 LGSS que el derecho a la protección nacía al día siguiente al de finalización del período de espera de tres meses contados desde la sentencia judicial, siempre que el trabajador se hubiera inscrito como demandante de empleo²⁸. La nueva regulación elimina ambas exigencias, de modo que no es necesario para acceder a las prestaciones por desempleo ni que la procedencia del despido sea declarada judicialmente- pues bastará para constituir tal situación con que el trabajador presente su carta de despido en el INEM para ser acreedor de tales prestaciones, y ello con independencia de que reclame o no frente al despido ni que se cumpla con el período de espera de tres meses previsto en la legislación anterior para percibir las prestaciones. El problema consiste en determinar cómo se acredita el despido. A ello se dedica la Disposición Transitoria 2ª de la Ley, disposición a la que nos referiremos con posterioridad.

Se introducen, igualmente, mejoras técnicas en la Disposición Transitoria 2ª a la espera de desarrollo reglamentario. En el caso de extinción del contrato por muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, la

²⁷ Una inteligente crítica al texto que contenía el RDL 5/2002, puede hallarse en A. DESDENTADO BONETE, A. DE LA PUEBLA, La reforma de la protección por desempleo en el RDL 5/2002, en I. GARCIA-PERROTE (Coord.), Comentarios de urgencia a la reforma de la protección por desempleo, Valladolid, Lex Nova, 2002, pp. 30-32.

²⁸ Para la situación anterior, A. DESDENTADO BONETE, J.R. MERCADER UGUINA, El desempleo como situación protegida, Madrid, Civitas, 1996, pp. 63-66.

misma podrá acreditarse mediante “comunicación escrita del empresario, sus herederos o representante legal notificando al trabajador la extinción de la relación laboral por alguna de dichas causas (desapareciendo la expresión, “siempre que el trabajador no haya reclamado contra la decisión extintiva”, que contenía el art. 1.1 b) RPDJ y por acta de conciliación administrativa o judicial, o la resolución judicial definitiva, en los términos fijados en el apartado 2.b) siguiente. En el caso de despido basado en causas objetivas, la acreditación podrá realizarse mediante: a) La comunicación escrita al trabajador en los términos previstos en el artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores. b) El acta de conciliación administrativa o judicial, o la resolución judicial definitiva en los términos fijados en el apartado 2.b) anterior.

En la misma línea de mejora técnica cabe incluir la introducida en art. 1. Dos: “g) Por resolución de la relación laboral, durante el período de prueba, a instancia del empresario, siempre que la extinción de la relación laboral anterior se hubiera debido a alguno de los supuestos contemplados en este apartado, o haya transcurrido un plazo de tres meses desde dicha extinción”, con lo que desaparece la referencia “...o desde la sentencia que declaró el despido procedente”, que contenía el antiguo art. 208.1 g) LGSS..

2.3.2. La sensata desaparición de la exigencia del abono de la indemnización para que se produzca la extinción del contrato de trabajo

Una de las cuestiones más polémicas que doctrinal y jurisprudencialmente se han venido suscitando a lo largo del tiempo en relación con el acto de despido y que el RDL 5/2002 ha venido a resucitar es la relativa a la eficacia extintiva de dicho acto. La cuestión a resolver es la siguiente: ¿Tiene la decisión empresarial de despedir al trabajador eficacia extintiva de la relación laboral, por sí misma, de tal manera que ésta ha de considerarse rota desde el momento del despido con independencia de su eventual restablecimiento posterior como consecuencia de una decisión judicial recaída en el procedimiento de revisión jurisdiccional de la procedencia de la decisión extintiva empresarial?. La cuestión dista mucho de ser fácil de resolver, existiendo en nuestro ordenamiento, por una parte, la exigencia de causalidad del despido, que veda la resolución empresarial ad nutum de la relación de trabajo y, por otra, la revisión judicial de la decisión extintiva del empresario.

El RDL 5/2002 pareció zanjar la referida polémica considerando que, en caso de despido improcedente, el abono de la indemnización extingue el contrato y los efectos de esa extinción se retrotraen a la fecha de cese efectivo en el trabajo. Sólo en caso de readmisión procede el abono de salarios de tramitación. Pero dicha solución, lejos de aclarar, introduce un importante número de interrogantes en esta cuestión, pues más bien lo que parece es que a través de la misma no se reconoce al empresario la facultad de resolución judicial del contrato, sino que la extinción de éste se produce no ya con la atribución

al empresario de la facultad de optar entre readmisión e indemnización, sino con el ejercicio de la opción y el abono efectivo de la indemnización.

La extinción del contrato en el RDL 5/2002 no se producía en la fecha en la que se declara la improcedencia del despido, ni tampoco en el momento de su notificación, ni en el de la conciliación en que se reconozca dicha improcedencia y el compromiso de abonar la indemnización por no readmisión, sino que se considera extinguido el contrato laboral al ejercitarse la opción concedida legalmente. No cabe ninguna duda de que la interpretación literal del precepto consiste en considerar que la extinción del contrato está unida de forma inexorable al abono de la indemnización. Ahora bien, no es lo mismo abono, que implica necesariamente pago de la misma, que opción por el abono de la misma, que hasta ahora ha implicado únicamente opción por la no readmisión. Si esto es así, aquellas empresas que no paguen la indemnización se verían compelidas a no poder extinguir el contrato de trabajo por esta vía, ya que la opción por la indemnización no sería suficiente para la extinción del contrato, ello con independencia de la fecha de ésta.

El último párrafo del art. 56.1 ET establece que “el abono de la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo”, con lo que se introduce una nueva causa de extinción contractual en el art. 49 ET, sin modificarlo expresamente, y se relega la citada extinción al momento en que se produce el pago o abono de la indemnización, aun cuando en ese momento se retrotraigan los efectos a la fecha del cese en el puesto de trabajo y a efectos de “causa de situación legal de desempleo se estime la decisión del empresario y no el despido o la resolución judicial sobre el mismo (nuevo apartado 4 del art. 209 LGSS, introducido por el art. 1. Tres 4 del RDL 5/2002). Lo anterior significaría que aunque el trabajador despedido se encontrase en situación legal de desempleo desde que se le comunica la decisión del empresario de extinguir la relación laboral, sin necesidad de impugnación alguna, hasta que éste no lleva a cabo el abono de la expresada indemnización, no se estima extinguida la relación laboral. Dicha regulación provocaba inseguridad jurídica en el trabajador, que desconoce cuándo se efectuará el abono, al depender este hecho de la voluntad del empresario, y tampoco sabe en qué le ha de afectar el hecho de que hasta entonces se mantenga vivo su contrato de trabajo, lo que vulneraría el art. 9.3 CE.

Tal incertidumbre desaparece tras la aprobación de la Ley 45/2002, en la que también lo hace la confusa referencia contenida en el art. 56.1 ET, en el que, después de referirse a la opción entre la readmisión y la indemnización en los despidos improcedentes, añade que “el abono de la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo”.

2.4. Despido y novedades en la dinámica de la prestación por desempleo

2.4.1. Inicio de la prestación coincidiendo con el cese efectivo en el trabajo

2.4.1.1. Cese efectivo en el trabajo y automática constitución de la situación legal de desempleo

Los despidos tendrán la consideración de situación legal de desempleo sin necesidad de su impugnación por el trabajador, o aunque éste los hubiera impugnado, y en cualquiera de los dos casos la situación legal de desempleo se producirá en la fecha del despido que coincida con la del cese efectivo en el trabajo.

El problema consiste en determinar cómo se acredita el despido. A ello se dedica la Disposición Transitoria 2ª de la Ley, a tenor de la cual: “la existencia de situación legal de desempleo en caso de despido a que se refiere el artículo 208.1.1.c del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en la redacción dada al mismo por el presente Real Decreto Ley se acreditará por el trabajador, hasta tanto se desarrolle reglamentariamente dicho artículo, mediante: a) La notificación por escrito a que se refiere el artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores. En defecto de dicha notificación la acreditación se realizará mediante alguno de los documentos previstos en la letra b) siguiente, o, en su caso, mediante Certificado de Empresa o Informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en los que consten el cese involuntario en la prestación de trabajo y su fecha de efectos, o el acta de conciliación administrativa en la que conste que el trabajador impugna el despido y el empresario no comparece. b) El acta de conciliación administrativa o judicial o la resolución judicial definitiva declarando la procedencia o improcedencia del despido. En el supuesto de improcedencia, deberá también acreditarse que el empresario, o el trabajador cuando sea representante legal de los trabajadores, no ha optado por la readmisión”.

El nacimiento del derecho a las prestaciones se produce, por tanto y en todo caso, desde el día siguiente al del despido que coincide con el del cese efectivo en el trabajo, y para ello con carácter general, la solicitud de las prestaciones debe presentarse en los 15 días siguientes a la fecha del despido que coincide con la del cese efectivo en el trabajo.

Como el propio INEM pone de manifiesto es necesario distinguir dos situaciones. Un primer supuesto se produce en el caso de que no existan salarios de tramitación, el nacimiento del derecho a las prestaciones se produce por tanto y en todo caso desde el día siguiente al del despido con cese efectivo en el trabajo. Por ello, la solicitud de las prestaciones debe presentarse en los 15 días siguientes a la fecha del despido con cese efectivo en el trabajo. No obstante, es posible una segunda situación. Si no se han solicitado las prestaciones y se impugnó el despido, conforme a lo establecido en la nueva redacción del art. 209.5 LGSS, la solicitud de las prestaciones puede presentarse: a) En los 15 días siguientes a la fecha en que se celebre el acto de conciliación administra-

tiva o judicial. b) En los 15 días siguientes a la fecha de opción por la indemnización. Dicha opción deberá acreditarse según lo establecido en el artículo 110.3 LPL. c) En los 15 días siguientes a la fecha de la resolución judicial con declaración de la procedencia del despido. d) En los 15 días siguientes a la fecha del auto de no readmisión en los casos de resolución judicial. En esos casos, el nacimiento del derecho se producirá al día siguiente al cese efectivo en el trabajo aunque el trabajador no haya figurado inscrito como demandante de empleo desde esa fecha, aunque sí deberá estarlo desde la fecha de solicitud.

2.4.1.2. Efectos de la declaración de improcedencia y su impacto sobre el estatuto de la prestación de desempleo

El restablecimiento de los salarios de tramitación ha transformado la mecánica de la opción por la readmisión y la indemnización en el caso de declaración del despido como improcedente. La nueva regulación afecta a aquellos supuestos en los que, impugnado el cese y declarada la improcedencia del despido, tras la sentencia, el empresario opta por la readmisión y, a continuación, dicho empresario, o el propio trabajador, interpone alguno de los recursos autorizados por la Ley, debiendo el empresario, durante su tramitación, satisfacer la retribución que corresponda al trabajador. Dentro de esta hipótesis, son posibles varios supuestos en atención al ejercicio de la opción entre la readmisión o la indemnización.

2.4.1.2.1. Despido declarado improcedente y opción por la indemnización

Cuando, como consecuencia de la reclamación o el recurso, el despido sea considerado improcedente y se opte por la indemnización, deben distinguirse varias situaciones de acuerdo con lo establecido en el art. 209.5 LGSS:

- Si el trabajador no tiene derecho a los salarios de tramitación, continuará percibiendo las prestaciones por desempleo o, si no las estuviera percibiendo, comenzará a percibir las con efectos desde la fecha del cese efectivo en el trabajo, siempre que se cumpla lo establecido en el apartado 1 de este artículo, tomando como fecha inicial para tal cumplimiento la del acta de conciliación o providencia de opción por la indemnización, o, en su caso, la de la resolución judicial.

- Si el trabajador tiene derecho a los salarios de tramitación:

- Si no estuviera percibiendo las prestaciones comenzará a percibir las con efectos desde la fecha en que finaliza la obligación del abono de dichos salarios.

- Si estuviera percibiendo las prestaciones dejará de percibir las, considerándose indebidamente percibidas, y podrá volver a percibir las con efectos desde la fecha en que finaliza la obligación del abono de dichos salarios, previa regularización por la Entidad Gestora del derecho inicialmente reconocido, reclamando a la Tesorería General de la Seguridad Social las cotizaciones efectuadas durante la percepción de las prestaciones y efectuando la compensación correspondiente por las prestaciones indebidamente percibidas, o bien reclamando su importe al trabajador.

En ambos casos, esto es, tenga o no derecho el trabajador a los salarios de tramitación, el trabajador deberá solicitar el reconocimiento de las prestaciones en el plazo previsto en el apartado 1 de este artículo, tomando como fecha inicial para tal cumplimiento la del acta de conciliación o providencia de opción por la indemnización, o, en su caso, la de la resolución judicial, y acreditar el período que corresponde a los salarios de tramitación con el límite de la suma de tales salarios.

A anteriores efectos, se aplicará lo establecido en el art. 227.1 LGSS, respecto al reintegro de prestaciones de cuyo pago sea directamente responsable el empresario, así como de la reclamación al trabajador si la cuantía de la prestación hubiera superado la del salario. De acuerdo con el art. 227.1 LGSS, “corresponde a la entidad gestora competente tanto en período voluntario como en vía ejecutiva, exigir la devolución de las prestaciones indebidamente percibidas por los trabajadores y el reintegro de las prestaciones de cuyo pago sea directamente responsable el empresario”. La resolución del procedimiento administrativo regulado en el art. 33 del RPD, articulado alrededor de tres trámites –audiencia al interesado, notificación de la resolución y eventual recurso ordinario (el RPD dice de “alzada”) ante la dirección provincial del INEM (arts. 33. 1 a), 33.1. b) y 33.4 RPD)–, deja expedita al beneficiario la posibilidad de acudir ante los tribunales de lo contencioso-administrativo.

2.4.1.2.2. Despido declarado improcedente y opción por la readmisión

En estos casos y de acuerdo con lo establecido en el art. 209.5 c) LGSS: “cuando, como consecuencia de la reclamación o el recurso se produzca la readmisión del trabajador, mediante conciliación o sentencia firme, o aunque aquélla no se produzca en el supuesto al que se refiere el art. 282 LPL, las cantidades percibidas por éste en concepto de prestaciones por desempleo se considerarán indebidas por causa no imputable al trabajador”. En este caso, la Entidad Gestora cesará en el abono de las prestaciones por desempleo y reclamará a la Tesorería General de la Seguridad Social las cotizaciones efectuadas durante la percepción de las prestaciones. El empresario deberá ingresar a la Entidad Gestora las cantidades percibidas por el trabajador, deduciéndolas de los salarios dejados de percibir que hubieran correspondido, con el límite de la suma de tales salarios. A tales efectos se aplicará lo dispuesto en el art. 227.1 LGSS, respecto al reintegro de prestaciones de cuyo pago sea directamente responsable el empresario, así como de la reclamación al trabajador si la cuantía de la prestación hubiera superado la del salario.

Si en la ejecución se adoptan las medidas del art. 282 LPL, el trabajador continúa percibiendo su salario y permanece en alta en la Seguridad Social. En este caso, se produce una suerte de readmisión virtual, acordando el Juez la pervivencia de la relación laboral, no en el lado de la prestación de la tarea comprometida, sino en el de los derechos que en reciprocidad corresponden

al trabajador (abono de salarios y alta en la Seguridad Social)²⁹, por lo que el período anterior de percepción de desempleo también se imputará a la empresa, que deberá reintegrar al INEM y abonar las diferencias al trabajador en los términos previstos en el art. 209.5 b) .2º LGSS.

En los supuestos a que se refieren los arts 279.2 y 284 LPL, el trabajador comenzará a percibir las prestaciones, si no las estuviera percibiendo, a partir del momento en que se declare extinguida la relación laboral. En ambos casos, se estará a lo establecido en el art. 209.5 b) LGSS respecto a las prestaciones percibidas hasta la extinción de la relación laboral. De este modo, ante la falta de readmisión o la irregularidad de ésta la ejecución se solicita en tiempo y forma y el contrato se declara extinguido por Auto, de acuerdo con lo establecido en el art. 279 LPL, naciendo las prestaciones desde ese momento y considerándose indebidas las percibidas por el trabajador. No obstante, el período comprendido entre la efectiva readmisión y la notificación del Auto que declare extinguida la relación laboral correrá a cargo exclusivo del empresario, que deberá abonar los salarios y cotizar por ellos. Puede ocurrir, sin embargo, que concurra el supuesto de imposibilidad de readmitir que contempla el art. 284 LPL. En este caso, y dictado por el Juez el auto que declare extinguida la relación laboral, el trabajador comenzará a percibir la prestación de desempleo desde el momento que se ha declarado por los correspondientes autos como de extinción de la relación laboral, pero, de haber percibido las prestaciones de desempleo desde el momento inicial del cese, se aplican las normas del art. 209 .5.b).2º LGSS.

2.4.3. Nacimiento del derecho a prestaciones y cómputo de las vacaciones no disfrutadas

El art. 209. 3 LGSS, en la redacción que al mismo dio el RDL 5/2002, establecía que “en el caso de que el periodo que corresponde a las vacaciones anuales retribuidas no haya sido disfrutado con anterioridad a la finalización de la relación laboral o con anterioridad a la finalización de la actividad de temporada o campaña de los trabajadores fijos discontinuos, la situación legal de desempleo y el nacimiento del derecho a las prestaciones se producirá una vez transcurrido dicho período” y añadía que “el citado período deberá constar en el certificado de empresa a estos efectos”.

De este modo, las situaciones legales de desempleo que se produjeron a partir del 27 de mayo de 2002, inclusive, bien por cualquiera de las causas previstas en el apartado 1.1) del art. 208 LGSS de finalización (extinción) de la relación laboral, o bien cuando los trabajadores fijos discontinuos dejen de prestar servicios por haber finalizado la actividad de temporada o campaña de la empresa, y en el caso de que el período que corresponde a las vacaciones

²⁹ B. RIOS SALMERON, Curso de Procedimiento Laboral, Madrid, Tecnos, 1995, p. 338.

anuales retribuidas no haya sido disfrutado con anterioridad a dicha finalización de la relación laboral o de la actividad, la situación legal de desempleo se producía el último día en el que se dé por transcurrido dicho período y el nacimiento del derecho a las prestaciones nacía al día siguiente de dicha situación legal de desempleo³⁰.

La calificación de la situación producida por la aplicación de esta regla presenta alguna dificultad. El contrato de trabajo se ha extinguido, pero el trabajador no está desempleado porque ni se ha producido formalmente la situación legal correspondiente, ni ha nacido el derecho a la prestación de desempleo.

Para dar solución a dicho problema, en la Ley 45/2002 se incorpora un nuevo apartado 4 en el art. 210 LGSS, que queda redactado en los términos siguientes: «4. El período que corresponde a las vacaciones, al que se refiere el apartado 3 del art. 209, se computará como período de cotización a los efectos previstos en el apartado 1 de este artículo y en el apartado 2 del artículo 216, y durante dicho período se considerará al trabajador en situación asimilada a la de alta, de acuerdo con lo establecido en el art. 125.1 de esta Ley.» Precepto este último que es modificado por la Disposición adicional 7ª, para incluir “la situación del trabajador durante el período correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas por el mismo con anterioridad a la finalización del contrato”. Por su parte, durante la tramitación en el Senado de la referida Ley se incorporó una enmienda por el Grupo Popular en la que se hizo constar expresamente que existe obligación de cotizar durante el período correspondiente a las vacaciones no disfrutadas antes de la extinción del contrato.

En todo caso se considerará período de ocupación cotizada a los efectos de lo previsto en los artículos 210, 211 y 215.1.2 LGSS, el período que corresponde a las vacaciones anuales retribuidas que no haya sido disfrutado con anterioridad a la finalización de la última relación laboral previa a la situación legal de desempleo puesto que en ese caso se retrasa el nacimiento del derecho a las prestaciones o subsidios.

Tras la Ley 45/2002, la posterior Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (la Ley de “acompañamiento”) ha precisado la forma de liquidar y cotizar las percepciones correspondientes a vacaciones no disfrutadas: “Las percepciones correspondientes a vacaciones anuales devengadas y no disfrutadas y que sean retribuidas a la finalización de la relación laboral serán objeto de liquidación y cotización

³⁰ En el ejemplo propuesto por el propio INEM: si la finalización de la relación laboral se produce el 1 de julio de 2002 y en esa fecha quedan pendientes 15 días de vacaciones anuales retribuidas que no han sido disfrutadas, luego la situación legal de desempleo se traslada al 16 de julio y el nacimiento del derecho al 17 de julio.

complementaria a la del mes de la extinción del contrato. La liquidación y cotización complementaria comprenderán los días de duración de las vacaciones, aun cuando alcancen también el siguiente mes natural o se inicie una nueva relación laboral durante los mismos, sin prorrateo alguno y con aplicación, en su caso, del tope máximo de cotización correspondiente al mes o meses que resulten afectados. No obstante lo establecido en el párrafo anterior, serán aplicables las normas generales de cotización en los términos que reglamentariamente se determinen cuando, mediante ley o en ejecución de la misma, se establezca que la remuneración del trabajador debe incluir, conjuntamente con el salario, la parte proporcional correspondiente a las vacaciones devengadas³¹.

2.5. Causas de suspensión y extinción de la prestación por desempleo

Por lo que se refiere a las causas de suspensión reguladas en el art. 212 LGSS, se modifican los apartados a), d) y e) del referido precepto. En primer lugar, el apartado a) del número 1 obtiene nueva redacción y se refiere ahora “al período que corresponda por imposición de sanción por infracciones leves y graves en los términos establecidos en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social”.

Igual modificación obtiene el apartado d) del n° 1 del art. 212 LGSS. La referida modificación se efectúa para distinguir la suspensión por realización de un trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia, de modo que si el trabajo es por cuenta ajena la duración del mismo ha de ser inferior a doce meses, produciéndose la extinción después de este límite, pero si el trabajo es por cuenta propia, el límite es de veinticuatro meses.

Con el texto aprobado, se ha querido probablemente atenuar el negativo tratamiento que padecían los desempleados que optan por autoemplearse, constituyéndose como trabajadores autónomos, en cuanto a la pérdida del derecho al desempleo. La normativa anterior establecía que si se realiza un trabajo inferior a doce meses, sea por cuenta ajena o propia, se suspende temporalmente el derecho al cobro de la prestación por desempleo. Si el trabajo es superior a 12 meses, el trabajador por cuenta ajena puede optar por recuperar el derecho que tenía con

³¹ Con anterioridad a la reforma, y de acuerdo con la Disposición Adicional 1ª de la O. 29 de enero de 2001, por la que se desarrollaban las normas de cotización establecidas por la Ley 13/2000, cuando la retribución tenía como causa el abono de “vacaciones no disfrutadas”, la misma era prorrateada, mes a mes, dividiendo a tal efecto su importe por el número de días de duración del contrato, o por el número de meses si el trabajador tenía retribución mensual, o por el número de días o de meses transcurridos desde el disfrute de las últimas vacaciones, aplicándose igualmente los tipos y topes correspondientes a cada mes. Su liquidación debía efectuarse en los plazos señalados en el art. 66.3 de la Orden de 26 de mayo de 1999, por la que se desarrolla el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre.

anterioridad o percibir el derecho generado por el nuevo período cotizado y, por contra, el autónomo, al no cotizar por desempleo, no genera derecho a prestación por desempleo, y no se le permite recuperar el derecho anterior. Con el nuevo texto no se resuelve este injusto tratamiento, sino que se extiende hasta dos años el período límite en el que el autónomo, si pierde la actividad, puede recuperar la prestación por desempleo. Debería permitirse, como se propuso en alguna enmienda durante la tramitación parlamentaria, que el autónomo que finalice su actividad, independientemente del período de tiempo que la haya ejercido, pueda recuperar la prestación por desempleo a la que tuviera derecho y aún no hubiera consumido. De esta forma, se estimularía la recolocación de los desempleados, evitando que surjan situaciones fraudulentas de bajas coyunturales de la actividad antes de cumplir el período límite de 24 meses.

Finalmente, el apartado Quinto del artículo primero de la Ley 45/2002 incorpora al art. 212.1 LGSS una nueva causa de suspensión, en su letra e), en los términos siguientes: “e) En los supuestos a que se refiere el artículo 295 de la Ley de Procedimiento Laboral, mientras el trabajador continúe prestando servicios o no los preste por voluntad del empresario en los términos regulados en dicho artículo durante la tramitación del recurso. Una vez que se produzca la resolución definitiva se procederá conforme a lo establecido en el apartado 5 del artículo 209”. Se trata de supuestos en que, impugnado el cese y declarada la improcedencia del despido, tras la sentencia el empresario opta por la readmisión, y a continuación dicho empresario, o el propio trabajador, interpone alguno de los recursos autorizados por la Ley, debiendo el empresario, durante su tramitación, satisfacer la retribución que corresponda al trabajador. Una vez que se adopte la resolución definitiva, si se anula la readmisión, el trabajador podrá solicitar la reanudación de la prestación, y si se mantiene la readmisión, se actuará conforme a lo establecido en el art. 209.5 b) LGSS.

Por lo que hace a los supuestos de extinción de la prestación nueva redacción obtienen tras la Ley 45/2002, las letras c) y d) del art. 213 LGSS obtienen nueva redacción en los siguientes términos: “c) Imposición de sanción en los términos previstos en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social” y “d) Realización de un trabajo por cuenta ajena de duración igual o superior a doce meses, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3 del art. 210, o realización de un trabajo por cuenta propia, por tiempo igual o superior a veinticuatro meses”.

3. LA REFORMA DEL NIVEL ASISTENCIAL DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO EN LA LEY 45/2002

3.1. Limitaciones en el acceso al subsidio de los emigrantes retornados

El acceso al subsidio de desempleo quedaba definido de forma compleja e integrada por cinco elementos: la condición de emigrante retornado, el trabajo en el extranjero durante un determinado período, la situación de desempleo,

la insuficiencia de recursos y el dato negativo de no tener derecho a la prestación contributiva de desempleo. Tales presupuestos han sido objeto de un paulatino proceso de endurecimiento que ha tenido en la Ley 45/2002 su último capítulo. En su redacción inicial, el art. 13.1.c de la Ley 31/1984 únicamente exigía para el reconocimiento del derecho dos requisitos: el retorno del extranjero y no tener derecho a la prestación por desempleo. Fue el RPD (art. 11.4) la norma que añadió que el trabajador retornado hubiera trabajado en el extranjero al menos seis meses desde su última salida de España. Tras diversos abatares, el Tribunal Supremo (Sala Especial de Revisión), en su STS 11 de junio de 1991, estimó la legalidad del precepto, revocando una anterior declaración de nulidad, cuando ya la Ley 31/1990, de 27 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 1991, había legalizado dicha disposición reglamentaria. La nueva redacción dada por la Ley 45/2002, continúa el proceso de reducción del ámbito de protección de la norma iniciado en su día, restringiendo hasta el extremo su ámbito de cobertura, que queda ahora limitado a los trabajadores españoles emigrantes que hayan retornado de países no pertenecientes al Espacio Económico Europeo o con los que no exista Convenio bilateral de protección por desempleo y que hubieran trabajado en dichos países al menos doce meses dentro de los seis años desde su última salida de España.

Esta nueva configuración del subsidio de desempleo para emigrantes retornados determina una reducción de su ámbito de protección. Según el documento “Síntesis de la valoración económica de las medidas de reforma de los sistemas de protección por desempleo y de gestión de las políticas de empleo”, la implantación de un nuevo sistema de protección para los trabajadores españoles que regresen a España tras haber trabajado en el extranjero, los denominados “emigrantes retornados”, supondría también retirar la protección a 17.000 personas. Sin embargo, el nuevo sistema daría protección a 8.300 emigrantes retornados, lo que sitúa el ahorro neto de la medida en 43,9 millones de euros. Ello no obstante, lo cierto es que la reducción del ámbito de esta modalidad de subsidio “se compensa con la apertura para los inmigrantes excluidos del mismo de la posibilidad de incorporarse a la Renta Activa de Inserción”³² que regula la propia Ley 45/2002, siempre que se trata de emigrantes, sean o no españoles, que hubieran trabajado como mínimo seis meses en el extranjero desde la última salida de España y se encontraran inscritos como demandantes de empleo.

Varios son los aspectos que merecen un estudio detenido. En primer lugar, tras la reforma la norma limita su radio de actuación a la condición de “ser

³² J. LUJAN ALCARAZ, El subsidio de desempleo, en A.V. SEMPERE NAVARRO, M. CARDENAL CARRO (Dir.), *La reforma del despido y del desempleo. Análisis del Real Decreto-Ley 5/2002*, Murcia, Laborum, 2002, p. 179.

trabajador español emigrante”, con lo que se pone punto y final a la línea interpretativa mantenida por ciertos Tribunales que, bajo ciertas condiciones, había permitido el acceso al subsidio a emigrantes no españoles. Un nuevo episodio del ya conocido fenómeno a través del cual lo que entra por la puerta de la jurisprudencia sale por la ventana del legislador. No creo, por el contrario, que pueda reverdecer la línea interpretativa que, en algunos casos, había exigido la previa consideración de trabajador antes de la emigración para obtener el referido subsidio, dado que el art. 1.2 de la todavía vigente Ley 33/1971, entiende que es emigrante el español –no el trabajador español- que se traslada a un país extranjero por causas de trabajo, profesión o actividad lucrativa³³. Quedan en todo caso excluidos de ese concepto, como viene afirmando la doctrina de suplicación, los becarios que desarrollan tareas de formación en países extranjeros³⁴. De acuerdo con la Instrucción 5ª del INEM para la aplicación de la Ley 45/2002, “también pueden reunir la condición de retornado a los efectos de percibir este subsidio los españoles, hijos de emigrantes, que han nacido en el extranjero y retornan a España desde un país de los que permiten el acceso al subsidio”.

Un segundo aspecto de interés aparece vinculado al ámbito al que queda restringido el concepto de emigrante retornado. A efectos del subsidio de desempleo dicha noción queda limitada al retorno de países no pertenecientes al Espacio Económico Europeo o que carezcan de Convenio de protección por desempleo.

De acuerdo con la nueva Disposición Adicional 33 LGSS que introduce la Ley 45/2002, “los trabajadores que provengan de los países miembros del Espacio Económico Europeo o de los países con los que exista convenio de protección por desempleo, obtendrán las prestaciones por desempleo en la forma prevista en las normas comunitarias o en los convenios correspondientes”. La referida disposición excluye, por tanto, del radio de acción del subsidio de desempleo para emigrantes retornados el retorno, tanto de los Estados miembros de la Unión Europea, como de los Estados partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, firmado en Oporto el 2 de mayo de 1992 entre la Comunidad Europea, los Estados miembros y Austria, Finlandia, Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suecia y ratificado por España el 26 de noviembre de 1993 y que entró en vigor el día 1 de enero de 1994 después de la adaptación que el mismo debió sufrir tras la situación provocada por el referéndum de 6 de diciembre de 1992 en el que el pueblo suizo se manifestó mayoritariamente en contra del mismo. En la actualidad son países

³³ Sobre ambas cuestiones, A. DESDENTADO, J. R. MERCADER UGUINA, *El desempleo como situación protegida...*, cit., pp. 149-150.

³⁴ A título de ejemplo, STSJ Andalucía, Málaga, 11 de mayo de 2001 (ILJ, 1264), STSJ Castilla y León, Valladolid, 15 de mayo de 2001 (ILJ, 1163).

pertenecientes al Espacio Económico Europeo: Bélgica, Dinamarca, Alemania, Grecia, Francia, Irlanda, Italia, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Luxemburgo, Austria, Finlandia, Suecia, Islandia, Noruega y Liechtenstein.

En tales casos, procederá la aplicación de las reglas establecidas en el Reglamento 1408/71 que, a tenor de su art. 2, incluye dentro de su ámbito de aplicación personal a los trabajadores que “sean nacionales de uno de los Estados miembros, o apátridas o refugiados que residan en el territorio de uno de los Estados miembros”. En el caso de la protección por desempleo, prima, con carácter general, el criterio de la *lex loci laboris*. Así, el art. 68.3 del Reglamento 1408/1971 establece que “para que se computen los períodos de seguro o de empleo, el desempleado debe haber cubierto su último período de seguro o de empleo en el Estado miembro en el que solicita las prestaciones por desempleo”³⁵. El requisito impuesto se fundamenta en una opción de política de derecho de acuerdo con la cual el costo del pago de las prestaciones por desempleo debe ser soportado por el Estado en el cual el trabajador haya pagado las cotizaciones, como recuerda la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades de 8 de abril de 1992, Asunto 62/1991, Gordon Sinclair Gray v. Adjudication Officer, de acuerdo con la cual, “el Consejo ha considerado necesario someter este derecho a requisitos dirigidos a promover la búsqueda de empleo en el Estado miembro del último empleo, a hacer soportar por este Estado la carga de prestaciones por desempleo y, finalmente, a garantizar que estas prestaciones se concedan únicamente a aquellos que busquen efectivamente empleo del régimen de desempleo propio de cada Estado”.

En el caso de los países pertenecientes al Espacio Económico Europeo se establece la misma regla. Como es sabido, de tal acuerdo deriva un régimen privilegiado de protección social. En virtud de este Acuerdo internacional, los países no miembros de la Unión Europea incorporaron de forma unilateral a su propia legislación el acervo comunitario en las materias objeto del mismo, lo que puede calificarse de “mini-adhesión” de los países citados a la Unión³⁶. El art. 29 se refiere a los dos principios básicos de la coordinación: la totalización de períodos para el reconocimiento del derecho y cálculo de las prestaciones –conservación de derechos en curso de adquisición- y la exportación o el servicio de la norma –conservación de los derechos adquiridos-. Como

³⁵ Al respecto, J.L. TORTUERO PLAZA, *Las prestaciones de desempleo y los convenios internacionales de Seguridad Social. Especial consideración del desempleo en el derecho comunitario en AA.VV., El desempleo. Especial consideración de las prestaciones del nivel de asistencia*, Madrid, CGPJ, 1996, pp. 185 a 224. Un repaso a la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades en esta materia puede hallarse en J.R. MERCADER UGUINA., *Desempleo y libre circulación de trabajadores*, RMTAS, 1998, n° 7, pp. 93 a 136.

³⁶ Como señala M. VIVES CABALLERO, *La extensión territorial del Reglamento CEE 1408/71 nuevas adhesiones. Espacio Económico Europeo. Las negociaciones con otros Estados no miembros de la Unión Europea: Suiza, NUE*, 1998, n° 157, p. 49.

consecuencia de la entrada en vigor del Acuerdo en las relaciones en materia de Seguridad Social con los países afectados se aplican los Reglamentos 1408/1971 y 542/1972.

Finalmente, España tiene suscritos Convenios bilaterales que incluyen la prestación de desempleo con Australia, Chile, Perú³⁷, Suiza a tenor del Convenio firmado con este Estado, así como, también con el Reino Unido pero limitado a los territorios de isla de Man, isla de Jersey, y las islas de Guernsey, Alderney, Herm y Jethou. Ello supone que los trabajadores que se trasladen de una a otra parte contratante, tendrán derecho a las prestaciones por desempleo previstas en la legislación del Estado competente, siempre que se den dos circunstancias: “de un lado, que se haya efectuado en dicho Estado un trabajo incluido en la protección por desempleo; y, de otro lado, que se cumplan los demás requisitos exigidos por la legislación de ese Estado”.

Finalmente, la nueva regulación condiciona el reconocimiento del subsidio por desempleo, entre otras circunstancias, a que el emigrante retornado no tenga derecho a prestación por desempleo, y lo hace en el sentido de exigir que no tenga derecho a prestación contributiva, ni tampoco a prestación por la misma contingencia del país del que retorna, dada la finalidad residual y de subsistencia que posee el subsidio. A ello añade el requisito de que hubieran trabajado en dichos países al menos doce meses dentro de los seis años desde su última salida de España, tiempo que debe computarse desde la última salida del trabajador de España, entendiéndose ésta en el sentido de última salida como emigrante, de manera que no han de ser tenidos en cuenta a estos efectos los regresos temporales de corta duración por motivos familiares, vacaciones, etc³⁸. Es evidente que esta última exigencia endurece notablemente el acceso a la prestación³⁹.

3.2. Modificaciones en los requisitos de acceso al subsidio por desempleo: nuevos límites, nuevos controles

3.2.1. Hacia una noción fiscal de las rentas computables

El art. 215 LGSS delimita las distintas situaciones protegidas en el nivel asistencial identificando los requisitos específicos que deben concurrir en cada una de ellas. No obstante, hay dos elementos o requisitos que actúan como fundamentos generales de la protección. El primero de ellos exige que el solicitante figure inscrito como demandante de empleo durante el plazo de un mes.

³⁷ Al respecto, J. C. ALVAREZ CORTES, *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Madrid, Tecnos, 2001, pp. 357-358.

³⁸ L. COLLADO, M.C. PIQUERAS PIQUERAS, *El subsidio por desempleo: un estudio del nivel asistencial de protección*, Madrid, Trotta, 1997, p. 89.

³⁹ I. ALBIOL MONTESINOS, A. BLASCO PELLICER, *Desempleo y despido en la reforma laboral del Real Decreto-Ley 5/2002*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 32.

El segundo elemento hace referencia a la insuficiencia de rentas que permite constatar la situación de necesidad protegida por el subsidio. A estos efectos, el acceso a la protección asistencial por desempleo está condicionado a que el solicitante carezca “de rentas de cualquier naturaleza superiores, en cómputo mensual, al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias” (art. 215.1.1 LGSS).

El art. 215.1.1 LGSS se refiere a rentas de cualquier naturaleza sin más precisiones y sin establecer criterios de cómputo. En términos estrictamente jurídicos es usual la distinción entre el patrimonio, como “complejo o conjunto de relaciones jurídicas valuables en dinero que pertenecer a la esfera jurídica de una persona, activa o pasivamente” y las rentas o frutos, que son los “rendimientos o percepciones que la titularidad de un bien permite obtener”⁴⁰. La distinción se ha formalizado en el ámbito fiscal, donde el patrimonio se define como el conjunto de bienes y derechos de contenido económico de que es titular una persona (art. 1 LIP), mientras que la renta es la totalidad de rendimientos netos e incrementos del patrimonio (art. 2 LIRPF), que comprende los rendimientos del trabajo, de actividades empresariales o profesionales, de elementos patrimoniales y determinados incrementos de patrimonio (art. 5 LIRPF)⁴¹.

No obstante, este concepto de renta de base fiscal había venido quedando en un segundo plano confirmándose una noción de renta más próxima al ámbito civil por doctrina y jurisprudencia. Buen ejemplo de esta línea interpretativa es la STS 31 de mayo de 1999 (RJ. 1999/6156). En la misma, el Alto Tribunal, en Sala General, entra a dilucidar si el incremento producido por la venta de un inmueble supone o no renta incompatible con el subsidio por desempleo y aborda la cuestión señalando que el núcleo central de la controversia radica en lo que haya de entenderse por “rentas de cualquier naturaleza”, y para ello acude al Código Civil en detrimento de la legislación tributaria. La sentencia viene a explicar que renta equivale, en sentido etimológico, a utilidad o beneficio que rinde anualmente una cosa, y la doctrina civilista diferencia entre renta como producto o rendimiento que dimana de un bien, y renta como pago periódico realizado de forma vitalicia, perpetua o temporal. Por su parte, continúa la sentencia, el Código Civil diferencia entre frutos naturales, industriales y civiles, siendo para estos últimos básica la idea del transcurso del tiempo o temporalidad y la periodicidad de su devengo. Así pues, la periodicidad en la percepción es nota consustancial a la renta y, en consecuencia, la diferencia entre el precio de adquisición y el de enajenación de un inmueble no representa una renta a computar a efectos del subsidio.

⁴⁰ L. DIEZ-PICAZO, A. GULLON, *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, Tecnos, 2001, 10ª ed., p. 378 y 400.

⁴¹ I. PEREZ ROYO, *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Madrid, Marcial Pons, 1999, pp. 24-28.

Bien es verdad que esta Sentencia tiene un voto particular del que resulta la necesidad de incluir entre las rentas de cualquier naturaleza, a efectos del subsidio, también las rentas de carácter fiscal obtenidas por el incremento patrimonial; deben así, computarse como renta las ganancias que se deriven de las alteraciones del patrimonio, haciendo mención, además, a los principios de redistribución y solidaridad que informan las prestaciones asistenciales, dirigidas a resolver las situaciones de necesidad más apremiantes. Esta segunda línea interpretativa es la que acogió el RDL 5/2002, y la que, con ciertas modificaciones de notable calado termina por asumir la Ley 45/2002, que ha ampliado notablemente los conceptos computables como rentas.

De esta forma, frente a la redacción del anterior art. 215.1.1, el nuevo art. 215.3 LGSS incorpora una enumeración detallada de los conceptos que deben tomarse en cuenta para determinar la renta personal del solicitante del subsidio por desempleo. En este sentido, se señala que “se considerarán como rentas o ingresos computables cualesquiera bienes, derechos o rendimientos de que disponga o pueda disponer el desempleado derivados del trabajo, del capital mobiliario o inmobiliario, de las actividades económicas y los de naturaleza prestacional, salvo las asignaciones de la Seguridad Social por hijos a cargo y salvo el importe de las cuotas destinadas a la financiación del convenio especial con la Administración de la Seguridad Social”. Este último inciso que incorpora el texto de la Ley 45/2002 y que no aparecía en su antecedente normativo, encuentra su fundamento en la propia jurisprudencia que había anticipado en el anterior contexto normativo tal resultado. Como destacara la STS 20 de octubre de 1997 (RJ 6995), “beneficiario es el titular de la pensión, y quien ha de reunir los requisitos a los que se condicionan su otorgamiento, resultando que, en el caso de la pensión de orfandad, este último es exclusivamente el propio huérfano, actuando el padre superviviente como mero administrador de la misma de acuerdo con el Código Civil y, en consecuencia, la pensión de orfandad no se computará como renta de dicho progenitor”. El propio INEM, en contra de lo que con anterioridad a la actual regulación establecían algunas resoluciones judiciales, en su Circular de 5 de marzo de 1992, había excluido del cómputo a efectos de renta la asignación por hijo a cargo, pese a que el titular de la misma lo fuera solicitante del subsidio de desempleo. También se incluyen dentro de este concepto el incremento de la pensión de gran invalidez para cubrir el gasto por atención del inválido y las pensiones compensatorias o alimenticias en procesos de separación o divorcio debidas pero no percibidas, no se computan si se instó diligentemente el abono forzoso sin resultado y se acredita (Instrucción 7ª del INEM para la aplicación de la Ley 45/2002).

Las plusvalías o ganancias patrimoniales, que anteriormente habían sido excluidas de la noción de renta computable, ahora se recogen expresamente como tales en el nuevo art. 215.3.2 LGSS. El propio Tribunal Supremo dejó en su día un resquicio en orden a la posible consideración de los rendimientos

patrimoniales como circunstancia que inhabilita para el acceso al subsidio; cabe así deducirlo de su STS (4^a) 12 de diciembre de 2000 (RJ. 2001/810), en la que, sin apartarse de su criterio sobre la tenencia de rentas y no de patrimonio, admite que: “pueda haber circunstancias o elementos concurrentes (que) unidos a este valor patrimonial, permitan llegar al convencimiento de que los ingresos obtenidos por el titular del mismo superen realmente el valor del 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, aunque no conste de forma expresa y clara la cuantía de tales rentas; y continúa señalando que igual solución cabría aplicar cuando se acreditase que la ausencia de renta -por mantener el patrimonio invertido en fondos- se debe al intencionado proceder del solicitante, efectuado con el fin fraudulento de poder obtener la prestación”.

El nuevo art. 215.3.2 LGSS aporta una fórmula que permite atribuir un rendimiento ficticio al patrimonio del solicitante del subsidio. A estos efectos, dice el precepto que se computarán como renta “las plusvalías o ganancias patrimoniales, así como los rendimientos que puedan deducirse del montante económico del patrimonio, aplicando a su valor el 50 por 100 del tipo de interés legal del dinero vigente, con excepción de la vivienda habitualmente ocupada por el trabajador y de los bienes cuyas rentas hayan sido computadas, todo ello en los términos que reglamentariamente se establezcan”. La forma de cálculo del valor económico del patrimonio recuerda parcialmente a la empleada en el impuesto sobre el patrimonio pero, sin duda, los porcentajes aplicables resultan sensiblemente superiores⁴².

Como es sabido, el art. 15. 1 RD 625/1985 disponía la compatibilidad entre el subsidio y la cantidad percibida en concepto de indemnización por extinción del contrato y la jurisprudencia había determinado que dicha compatibilidad se mantiene incluso si la indemnización se efectúa de forma fraccionada o parcial (STS 18 de septiembre de 1996, RJ. 6571). Tal criterio fue modificado por el RDL 5/2002, que incluyó “el importe de la indemnización por extinción del contrato de trabajo, así como los frutos, rendimientos, intereses o plusvalías derivados de dicha indemnización, sea cual sea la periodicidad de su recepción o forma de pago, y ya se perciban directamente del empresario o de Organismos o Administraciones Públicas, como complemento o en sustitución de aquéllas, o a través de entidades financieras, aseguradoras o crediticias por cuenta de las empresas, Organismos o Administraciones Públicas cuando respondan al cumplimiento del pago de la indemnización”, en el concepto de renta. La Ley 45/2002 elimina esta interpretación extensiva, al establecer que “no obstante lo establecido en el párrafo anterior, el importe correspondiente a la indemnización legal que en cada

⁴² A. DESDENTADO BONETE, A. DE LA PUEBLA, *La reforma de la protección por desempleo en el RDL 5/2002*, en I. GARCIA-PERROTE (Coord.), *Comentarios de urgencia a la reforma de la protección por desempleo*, Valladolid, Lex Nova, 2002, p. 55.

caso proceda por la extinción del contrato de trabajo no tendrá la consideración de renta. Ello con independencia de que el pago de la misma se efectúe de una sola vez o de forma periódica”.

Finalmente, y por lo que se refiere al momento en que han de reunirse los requisitos para acceder al subsidio (insuficiencia de rentas y cargas familiares), el texto del art.215.3 LGSS se ha visto modificado por la Ley 45/2002. Dicho precepto señala: “los requisitos deberán concurrir en el momento del hecho causante y, además, en el de la solicitud del subsidio”, exigiéndose también que concurren en el momento de solicitar las prórrogas o reanudaciones del mismo y durante la percepción de todas las modalidades de subsidio.

El art. 215.3.1. LGSS señala que “si no se reúnen los requisitos, el trabajador sólo podrá obtener el reconocimiento de un derecho al subsidio cuando se encuentre de nuevo en alguna de las situaciones previstas en el apartado 1.1), 2), 3), y 4) de este artículo y reúna los requisitos exigidos”. Tal era la regla sin excepciones que proponía el RDL 5/2002. No obstante, la Ley 45/2002 excepciona esta regla: “salvo en el caso de que dentro del plazo de un año desde la fecha del hecho causante se acredite que se cumplen los requisitos de carencia de rentas o, en su caso, de existencia de responsabilidades familiares, en que el trabajador podrá obtener el subsidio que corresponda a partir del día siguiente al de su solicitud sin reducción de su duración. A estos efectos se considerará como fecha del hecho causante aquella en que se cumpla el plazo de espera de un mes, o se produzca la situación legal de desempleo; o la de agotamiento del derecho semestral; o la de finalización de la causa de suspensión”.

3.2.2. Controles universales para el mantenimiento de los requisitos que deben cumplir los beneficiarios del derecho al subsidio por desempleo

El polémico subsidio por desempleo ha sufrido modificaciones importantes en este punto no sólo por la Ley 45/2002, sino también por obra de una disposición anterior, la Ley 24/2001, que, vistos los resultados, resulta plenamente complementaria a los fines restrictivos y de control perseguidos por el legislador en esta materia.

La adición de dos nuevos apartados, el 4 y el 5, al art. 219 LGSS que establece ahora un sistema de prórrogas y de control a lo largo de la duración del subsidio de desempleo, incluido el previsto para los desempleados mayores de 52 años, ha buscado consolidar “un control universal sobre el mantenimiento de los requisitos que deben cumplir los subsidiados para el mantenimiento del derecho”. Este sistema se traduce bien en la necesidad de solicitud de prórroga, cada vez que se hayan devengado seis meses de percepción del mismo, acompañada de la documentación acreditativa del mantenimiento de los requisitos de acceso. Dicha solicitud deberá formularse en el plazo que media entre el día siguiente a la fecha de agotamiento del período de derecho semestral y los 15 días siguientes a la fecha del vencimiento del período de pago de

la última mensualidad devengada. En estos casos, la duración del subsidio se prorrogará desde el día siguiente a la fecha de agotamiento del período de derecho semestral si se solicita en el plazo establecido. En otro caso, el derecho a la prórroga tendrá efectividad a partir del día siguiente al de su solicitud, reduciéndose su duración en los términos recogidos en la letra b) del apartado 1 del art. 219 LGSS.

En el caso de los mayores de 52 años, los beneficiarios deberán presentar ante la Entidad Gestora una declaración de sus rentas, acompañada de la documentación acreditativa que corresponda. Dicha declaración se deberá presentar cada vez que transcurran doce meses desde la fecha del nacimiento del derecho o desde la fecha de su última reanudación, en el plazo de los 15 días siguientes a aquel en el que se cumpla el período señalado. Además, se prevé que su no presentación en plazo (15 días desde la finalización de cada periodo) origine la interrupción del pago del subsidio, y su reanudación con efectos del día de presentación de la solicitud o la declaración, con la consiguiente pérdida del devengo durante este tiempo.

El CES, en opinión que compartimos, ha señalado que, aun admitiendo la necesidad de que existan mecanismos de vigilancia y control respecto a los requisitos establecidos para los perceptores del subsidio de desempleo, “considera que este sistema redundante en los requisitos formales ya previstos por la LGSS para el nacimiento del derecho al subsidio de desempleo, de manera que un mero incumplimiento formal de determinados plazos en la tramitación de las prórrogas, aun cumpliendo los requisitos exigidos, extrañaría, en la práctica, la eliminación de prestaciones a las que tendría derecho el trabajador desempleado”. En todo caso, la falta de aportación de la declaración en el plazo señalado implicará la interrupción del pago del subsidio y de la cotización a la Seguridad Social. La aportación de la declaración fuera del plazo señalado implicará, en su caso, la reanudación del devengo del derecho con efectos de la fecha en que se aporte dicha declaración.

Por otra parte, la Ley de Acompañamiento para el 2002 prevé que, para el reconocimiento de la prórroga, la entidad gestora pueda exigir a los beneficiarios del subsidio la suscripción de un compromiso de realizar acciones favorecedoras de la inserción laboral. A este respecto, sin negar la necesidad de las medidas de inserción, ya comprendidas en los requisitos generales exigidos por el art. 215 LGSS a los beneficiarios del subsidio por desempleo y que se fortalecen en el caso de la renta activa de inserción, el CES estima que la redacción propuesta para el último inciso del apartado 4 del art. 219 LGSS puede dar lugar a situaciones de discrecionalidad administrativa, originada por la facultad otorgada a la entidad gestora, que “podrá exigir” el compromiso de realización de estas acciones. Asimismo, continúa el CES, “la indeterminación de las acciones de inserción laboral genera inseguridad jurídica sobre los términos del compromiso que se exigirá suscribir al beneficiario del subsidio”.

Las anteriores exigencias deben conectarse con lo ahora establecido por el art. 36 Ley 24/2001, que procede a la incorporación de una nueva Disposición Adicional en la LGSS – la 17ª bis- , mediante la que se posibilita que la Entidad responsable de las prestaciones económicas pueda suspender, ad cautelam, el abono de las mismas, en caso de incumplimiento, por parte de los beneficiarios o causantes de las mismas, de presentar, en los plazos establecidos, las declaraciones preceptivas o documentos, antecedentes, justificantes o datos que no obren en la Entidad, y siempre que sean requeridos para ello, siempre que unos y otros puedan afectar a la conservación del derecho.

La Ley 45/2002 refuerza los mecanismos de control en línea con lo indicado, al establecer su Disposición Adicional 2ª que “la Administración tributaria colaborará con la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo, en los términos establecidos en la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en el apartado c) del número 1 del art. 113 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, y en el art. 31 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, facilitándole la información tributaria necesaria para el cumplimiento de sus funciones en materia de gestión y control de las prestaciones y subsidios por desempleo”.

4. SUBSIDIO POR DESEMPLEO EN FAVOR DE LOS TRABAJADORES EVENTUALES INCLUIDOS EN EL RÉGIMEN ESPECIAL AGRARIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

4.1. El régimen a extinguir del subsidio de desempleo establecido en el RD 5/1997

En cumplimiento de la DA 1ª de la Ley Básica de Empleo, se sustituyó el sistema de empleo comunitario por el subsidio por desempleo en favor de los trabajadores eventuales incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social. El sistema fue creado por RD. 3237/1983, de 28 de diciembre, que entró en vigor el 1 de enero de 1984, y modificado posteriormente por el RD. 2298/1984, de 26 de diciembre, para adaptarlo, en algunos aspectos, a la Ley 31/1984, de 2-8, de Protección por Desempleo (desarrollado por OM 30 de diciembre de 1987) y modificado en sus disposiciones transitorias por RD. 2405/1985, de 27 de diciembre; RD. 2697/1986, de 30 de diciembre y 1610/1987, de 23 de diciembre. Desde su creación, el subsidio por desempleo ha formado parte de un sistema integrado de protección, junto con medidas de fomento del empleo, y de formación ocupacional rural, cuyo funcionamiento ha posibilitado avances importantes, tanto desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo, con relación al antiguo y deficiente sistema de empleo comunitario y ha permitido hacer frente a los graves problemas económicos y sociales que padecen las personas que dependen de la actividad

agrícola eventual en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura, a las que se extiende el ámbito geográfico de aplicación del subsidio, debido a sus especiales circunstancias de paro, una vez aclarado el carácter no discriminatorio de dicha aplicación por la STC 90/1989.

Dicha normativa fue objeto de reformas importantes a través de los RRD. 1585/1988, de 29-12, 1387/1990, de 8 de noviembre y 273/1995, de 24 de febrero. Posteriormente, el RD. 5/1997, de 10 de enero, norma vigente en la actualidad, además de codificar en un texto las anteriores reformas, incidió en los requisitos de acceso y duración del subsidio. La referida norma fue objeto de modificación parcial a través del RD. 73/2000, de 21 enero, que corrigió las limitaciones en las rentas disponibles, individuales y familiares, de los trabajadores eventuales del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, para el acceso al subsidio por desempleo y el mantenimiento del derecho y que, según su Preámbulo, servían para distorsionar “el funcionamiento del mercado laboral, provocando desajustes en la oferta-demanda de trabajo, como consecuencia de que, ante la posibilidad de perder definitivamente la protección del subsidio por la superación del límite de rentas, se puede provocar el rechazo del empleo o el ocultamiento de su realización, especialmente cuando el empleo implica movilidad geográfica”. Por su parte, como todos los años, el RD. 433/2002, de 10 de mayo, ha prorrogado la vigencia de las disposiciones transitorias del RD. 5/1997⁴³.

La última fase en esta evolución se ha completado con el RDL 5/2002. El primer elemento característico de este nuevo sistema es la sustitución del modelo vigente por uno contributivo puro, en el que se no se generan derechos a subsidios por desempleo de carácter asistencial. Se configura, de este modo, como un sistema a extinguir que se conserva de manera residual, sólo a favor de quienes ya vienen beneficiándose del mismo, aunque incorporando la obligatoriedad de suscribir el compromiso de actividad o de solicitarlo, y se elimina con respecto al colectivo de futuros beneficiarios. En concreto, queda referido a quienes “hayan sido beneficiarios de dicho subsidio en alguno de los tres años naturales inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud del mismo, salvo que el último derecho al subsidio, percibido dentro del período antes citado, se hubiera extinguido por resolución sancionadora firme” (art. 3). La Ley 45/2002 ha hecho desaparecer el último inciso (“salvo que el último derecho al subsidio, percibido dentro del período antes citado, se hubiera extinguido por resolución sancionadora firme”) que contenía el RDL 5/2002, que había merecido severas críticas al considerarse el mismo contrario a los arts. 9.3 y 25.1 CE, al adicionarse consecuencias antes inexistentes y, por consiguiente, con efectos igualmente retroactivos, a sanciones impuestas bajo un régimen jurídico que no las

⁴³ De este modo, tanto los beneficiarios, como el gasto, en particular en el subsidio agrario, han aumentado año tras año (en 2000, se subsidiaron 224.000 eventuales agrarios con un gasto de 900 millones de euros).

contemplaba, a la vez que se violaba el principio de proporcionalidad entre faltas y sanciones en cuanto las consecuencias de una falta impedían, en términos absolutos e irreversibles, el acceso futuro al derecho.

En todo caso, la norma incorpora la garantía general que contiene el art. 231 LGSS, y de la que nos hemos ocupado con anterioridad, esto es, la obligación de suscripción por los trabajadores, en la fecha de solicitud del subsidio, de un compromiso de actividad.

Serán beneficiarios del subsidio los trabajadores que, encontrándose desempleados y careciendo de rentas de cualquier naturaleza, reúnan los requisitos que establece el art. 2 RD. 5/1997 siempre con la limitación temporal antes expuesta.

En primer lugar, tener su domicilio en el ámbito geográfico protegido por este subsidio, aunque ocasionalmente se hayan trasladado fuera del mismo para realizar trabajos temporales por cuenta ajena de carácter agrario. Se entenderá que el trabajador tiene su domicilio en el lugar en que se encuentre empadronado, siempre que sea en el que reside de forma efectiva durante un mayor número de días al año.

En segundo lugar, estar inscrito en el censo agrario y encontrarse en alta o situación asimilada.

En tercer lugar, haber cotizado un mínimo de 360 jornadas, dentro de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar, para poder acceder a 90 días de prestación, siendo el período máximo de percepción de la prestación de 540 días para 2160 jornadas cotizadas. Cuarto, no haber cumplido la edad mínima que se exija para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación, salvo que el trabajador no tuviera acreditado el período de cotización requerido para ello.

Y, en fin, estar al corriente en el pago de la cuota fija por contingencias comunes al Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en los doce meses naturales inmediatamente anteriores a la solicitud del subsidio o, en su caso, por el período inferior en que se haya mantenido el alta.

Por su parte, serán beneficiarios del subsidio especial en favor de los trabajadores mayores de cincuenta y dos años, aquellos trabajadores mayores de dicha edad que reúnan todos los requisitos establecidos para acceder al subsidio ordinario, salvo el de la cotización, siempre que cumplan con las siguientes exigencias adicionales (art. 2.2 RD. 5/1997): haber cotizado y haber sido perceptores del subsidio ininterrumpidamente durante los cinco últimos años y acreditar, en el momento de la solicitud, el cumplimiento de las cotizaciones necesarias para causar derecho a cualquier pensión contributiva por jubilación del sistema de Seguridad Social; en este caso, una vez agotado el derecho al subsidio, éste se reanuda cada doce meses, de acuerdo con la duración prevista en el art. 5 RD. 5/1997, sin necesidad de cumplir el requisito de cotización y hasta que el trabajador alcance la edad que le permita acceder a cualquier tipo de jubilación.

La prestación consiste en un subsidio cuya cuantía equivale al 75 por 100 del SMI vigente en cada momento para los trabajadores no eventuales, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, incluyéndose la aportación del trabajador al Régimen Especial Agrario durante el período de su disfrute (art. 4 RD. 5/1997). El subsidio es incompatible con la realización de trabajo, con cualquier otra prestación de desempleo, con la percepción de rentas superiores al SMI, excluidas las pagas extraordinarias, con la percepción por la unidad familiar de rentas superiores a las señaladas y, en fin, con cualquier prestación periódica de la Seguridad Social incompatible con la realización de trabajo o que exceda del SMI (art. 11 RD. 5/1997).

4.2. La prestación por desempleo contributiva para los trabajadores eventuales del Régimen especial Agrario de la Seguridad Social

Con efectos 1 de junio de 2002, el sistema de protección por desempleo para los trabajadores eventuales del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social se ha convertido en un régimen a extinguir, quedando absorbido el mismo por el régimen general de protección por desempleo a imagen y semejanza de lo ocurrido con los trabajadores fijos. Recuérdese en este punto cómo la Disposición Adicional 2ª del RPD estableció que la prestación o subsidio de desempleo de los trabajadores por cuenta ajena, de carácter fijo, incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, se regirán por lo establecido en el RD. 1469/1981, de 19 de junio, en todo lo que no se oponga a la Ley 31/1984, de 2 de agosto y en el referido Real Decreto. El contenido de la prestación se equipara, en cuantías y períodos de disfrute, al establecido en el Régimen General de la Seguridad Social, en sus niveles contributivo y asistencial. Por lo que se refiere a este segundo nivel, el RD. 1489/1981 no contiene previsión al respecto, sino que aquél opera en el Régimen Especial Agrario en los términos previstos en los arts. 215 y ss. LGSS. Quedan, pues, incluidos dentro de este régimen de protección los trabajadores eventuales agrarios, esto es, aquellos que no posean la condición de fijos tal y como son definidos por el RD. 1489/1981, es decir aquel que “es contratado para prestar sus servicios por tiempo indefinido y está adscrito a una o varias explotaciones del mismo titular” (art. 1.2). No obstante, dicha regulación también se ve afectada por la Ley 45/2002, al establecer su art. 4.4 que “a los trabajadores agrícolas fijos les será de aplicación lo establecido en la letra a) del apartado 2 del número 1 de este artículo”, que establece que “no cotizarán por la contingencia de desempleo, ni tendrán derecho a las prestaciones de desempleo por los períodos de actividad correspondientes, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción del titular de la explotación agraria en la que trabajen siempre que convivan con éste, salvo que se demuestre su condición de asalariados”.

La anterior redacción dada a ese mismo apartado por el RDL 5/2002 no contenía la última precisión que ahora ha incluido la Ley 45/2002 (“salvo que se demuestre su condición de asalariados”), lo que, al no haberse alterado dispuesto en el art. 1.3 e) ET, ni cuestionarse lo establecido en el art. 7.2 LGSS, ni excluirlos del campo de aplicación del Régimen Especial Agrario, venía a establecer una exclusión absoluta, de plano y iuris et de iure, y exclusivamente basada en la existencia de parentesco. Exclusión en la que, además, no se tomaba en consideración la existencia de convivencia y/o dependencia económica del trabajador respecto del titular de la explotación agraria, como sí hacían los preceptos legales mencionados. Por todo ello se afirmó, con fundados argumentos⁴⁴, que tal opción legal resultaba dudosamente constitucional, a tenor de lo afirmado por el propio Tribunal Constitucional en sus SSTC 79/1991, de 15 de abril, 92/1991, de 6 de mayo, 2/1992, de 13 de enero, 59/1992, de 23 de abril y 49/1994, de 16 de febrero, al excluir en términos absolutos del ámbito de aplicación de la nueva prestación contributiva por desempleo para los eventuales agrarios, y tan sólo por razón de parentesco, a los familiares por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive, del titular de la explotación agraria.

La referida integración no lo es exactamente en los términos establecidos en la LGSS para la protección por desempleo, sino que la misma queda exclusivamente limitada al nivel contributivo, estableciéndose expresamente que “no será de aplicación a estos trabajadores la protección por desempleo de nivel asistencial, establecida en el art. 215 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio”.

El ámbito de aplicación personal de la protección se extiende, de acuerdo con lo establecido en la Ley 45/2002, a todos los trabajadores eventuales incluidos en el Régimen Especial Agrario y el geográfico a todo el territorio nacional, estableciéndose limitaciones o incompatibilidades para impedir el acceso a la protección a los titulares de explotaciones agrarias trabajadores autónomos, ayudas familiares, trabajadores que cambien su régimen de encuadramiento de cuenta propia a cuenta ajena, etc.

Los requisitos de acceso a la protección por desempleo de nivel contributivo, su cuantía y la dinámica de la protección (nacimiento, suspensión, extinción y reanudación del derecho) serán los establecidos con carácter general, con las peculiaridades que provienen de la cotización por jornadas reales. No obstante, es importante poner de relieve cómo la correlación entre cotizaciones y prestaciones es extraordinariamente gravosa, al punto de que la misma es más rigurosa que la establecida para el Régimen General, ya que por cada doce meses de cotización en el nuevo Régimen los trabajadores per-

⁴⁴ R. CRISTOBAL RONCERO, El plan de empleo rural: situación resultante tras el RDL 5/2002, en A. V. SEMPERE NAVARRO, M. CARDENAL CARRO (Dir.), La reforma del despido y del desempleo. Análisis del Real Decreto-Ley 5/2002, Murcia, Laborum, 2002, p. 240-242.

cibirán tres meses de desempleo, mientras que en el Régimen General disfrutan de cuatro meses de prestación.

Se establece, igualmente, la cotización obligatoria para los trabajadores eventuales del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en todo el territorio del Estado, incluidos los de las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura, desde la entrada en vigor del sistema, aplicando la base de cotización que corresponde a las jornadas reales, el tipo de cotización y su distribución entre empresarios y trabajadores, establecido con carácter general para el resto de los trabajadores eventuales, así como, en fin, la progresividad en la cotización, una escala creciente en el tiempo, de coeficientes correctores de la cuota de cotización por jornadas reales.

4.3. El incierto futuro del programa de fomento de empleo agrario, de créditos para inversiones de las Administraciones públicas en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura y en zonas rurales deprimidas

Con periodicidad anual, sucesivos Reales Decretos han regulado el Plan de Empleo Rural (PER), cuya finalidad no era otra que la afectación de una serie de créditos estatales para la realización de obras y proyectos en dichos ámbitos territoriales, para que el personal necesario para su realización fuese contratado entre los trabajadores desempleados del medio rural inscritos en las correspondientes oficinas de empleo.

El vigente RD 939/1997, de 20 de junio, por el que se regula la afectación al programa de fomento de empleo agrario, de créditos para inversiones de las Administraciones públicas en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura y en las zonas rurales deprimidas, establece un marco regulador de la afectación anual de créditos destinados por el Instituto Nacional de Empleo al programa de fomento de empleo agrario, subvencionando, de un lado, la contratación de trabajadores desempleados, preferentemente eventuales agrarios por Corporaciones locales, Comunidades Autónomas y otras Administraciones públicas, planes de servicios integrados para el empleo, medidas de fomento del empleo, acciones de formación profesional ocupacional, proyectos de casas de oficios y, de otro, la afectación a dicho programa de las inversiones anuales de organismos del Estado y demás Administraciones públicas.

Lo cierto es que el polémico PER, siempre bajo la sombra de la duda, ha cumplido una importante función pues, “además de servir de ayuda a los parados de origen agrario, ha incorporado a otros colectivos rurales en busca de empleo cada vez más difícil en la agricultura”⁴⁵. La nueva normativa limita

⁴⁵ J.G. REGIDOR, *Agricultores, jornaleros y Estado de Bienestar*, El País, 12 de junio de 2002, p. 64.

severamente esta posibilidad. Primero, la Disposición Adicional 4ª del RDL 5/2002 y ahora la tercera de la Ley 45/2002, establece que “las ayudas contempladas en el programa de fomento del empleo agrario para la realización de obras o servicios de interés general y social no podrán tener como beneficiarios finales a los trabajadores eventuales del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, mientras existan campañas agrícolas a las que los mismos puedan acceder por tratarse de un empleo adecuado”, a lo que se añade que “reglamentariamente, se determinará el órgano de participación institucional en el que se delimiten las campañas agrícolas y su calendario de ejecución”. Como doctrinalmente se ha señalado, “se trata de una previsión que encaja perfectamente con las líneas estratégicas del RDL 5/2002: si la primera búsqueda de empleo ha de hacerse en el circuito “ordinario”, sólo con carácter subsidiario se podrán poner en marcha unas actuaciones que, sobre todo, tienen fines asistenciales; si el desempleado puede ser requerido para ocupar puestos “adecuados”, sólo ante la inexistencia de éstos, o tras su agotamiento, tendrá sentido poner en marcha otras actuaciones”⁴⁶.

5. PROGRAMAS ESPECIALES DE FOMENTO DE EMPLEO PARA DESEMPLEADOS

5.1. Promoción del “autoempleo” y lagunas en la “capitalización” del desempleo

Para J. RIFKIN, en su célebre que no celebrada obra, *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*, la única vía de salida es entrar en una “era postmercado” con un amplio desarrollo de la economía social, que permita a la vez la creación de empleos alternativos y la mejora de las condiciones sociales. Las sociedades cooperativas de trabajo asociado y las sociedades laborales se han perfilado en los últimos tiempos como una importante medida de autoempleo colectivo en forma de pequeña y mediana empresa, con una actividad sectorial relacionada con la industria básica y situada geográficamente en zonas muy industrializadas. El incremento experimentado por estas figuras en relación con periodos anteriores ha sido muy notable, lo que denota un incremento neto en el uso de estas especiales figuras societarias⁴⁷. No hay que olvidar, sin embar-

⁴⁶ J. GARCIA MURCIA, *Desempleo agrícola y renta activa de inserción en el RDL 5/2002*, en I. GARCIA-PERROTE (Coord.), *Comentarios de urgencia a la reforma de la protección por desempleo*, Valladolid, Lex Nova, 2002, p. 130.

⁴⁷ Los datos reflejan una tendencia ascendente de las cooperativas de trabajo asociado en España: el aumento de trabajadores a finales de 2000 respecto a 1990 es de 31,2% (16,3% respecto a 1995). En el año 2000 la Economía Social facturó en valores superiores al 7,1% del PIB (la Economía Social realizó ventas de 42.761 millones de euros, o lo que es lo mismo 7,11 billones

go, que dicho crecimiento se ha debido, fundamentalmente, al trasvase de desempleados a este tipo de empleo, pues es el desempleo la principal fuente de la que el mismo se ha nutrido⁴⁸. Dada una serie de condiciones iniciales, tales como el coste de la búsqueda de empleo, el salario de reserva de partida, la habilidad gerencial, los recursos iniciales para comenzar el negocio y otras condiciones, los trabajadores se convierten en autoempleados inmediatamente después de abandonar o perder el empleo asalariado si el ingreso esperado a resultados de autoemplearse es mayor que el correspondiente a un nuevo trabajo asalariado.

El nuevo art. 228.3 LGSS acoge varias posibles fórmulas de pago único del importe de la prestación contributiva por desempleo siguiendo el modelo diseñado, en sus líneas maestras, en el RD 1044/1985. Esta última norma permite ese pago cuando se acredite la realización de actividad como socio trabajador de una cooperativa o sociedad laboral (art. 1.1 RD. 1044/1985). También puede realizarse este abono a los trabajadores minusválidos que se conviertan en autónomos. Además, en caso de haber obtenido la prestación contributiva de desempleo en su modalidad de pago único, el INEM abona el 50% de la cuota al régimen de autónomos o el 100% de la aportación del trabajador al régimen que corresponda, durante el tiempo que hubiera percibido la prestación por desempleo (art. 4.2 RD. 1044/1985). Estas formas de pago son acogidas expresamente en la nueva redacción del art. 228.3 LGSS y desarrolladas en la Disposición Transitoria 4ª de la Ley 45/2002 que regula el programa de fomento de empleo en economía social y empleo autónomo.

La referida normativa resulta todavía bastante parca en su regulación y continúa dejando en pie numerosos problemas aplicativos⁴⁹. Como doctrinalmente se ha señalado, la Ley, “aunque distingue claramente la creación de nuevas empresas cooperativas de la incorporación del perceptor a cooperativas ya creadas, está pensando que la actividad se llevará a cabo con posterioridad al reconocimiento de la prestación de desempleo”, así como “tampoco aborda claramente los supuestos de regulación de empleo en los que los trabajadores se hacen cargo de la empresa en crisis o dificultades, en los que el

de pesetas) y ofrecía un nivel de empleo del 6,2% de la totalidad del empleo asalariado del país. Respecto a las cooperativas de trabajo asociado, el Informe de Síntesis sobre la Economía Social en España en el año 2000, elaborado por Ciriec para el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, las define como el componente más importante de la Economía Social en España. Durante la década de los noventa, las cooperativas de trabajo asociado han mostrado una tendencia ascendente sostenida, aumentando tanto en número de entidades como en empleo: el aumento de trabajadores a finales de 2000 respecto a 1990 es de 31,2% (16,3% respecto a 1995).

⁴⁸ A. ALBA, El empleo autónomo en una economía con desempleo masivo, *Economía Industrial*, 1992, n° 284, p. 60.

⁴⁹ Como ponen de relieve, C. VIQUEIRA PEREZ, F. BALLESTER LAGUNA, El pago único de la prestación por desempleo. Puntos críticos, *RDS*, 1999, n° 8, pp. 61 a 69, a dicho trabajo pertenecen los entrecomillados.

pago de la prestación de desempleo sería precisamente para evitar la pérdida del empleo, de manera preventiva”. También se ha criticado la exigencia, que puede ser poco funcional, “de que se invierta toda la prestación, no contemplando una posible capitalización parcial”. Todos ellos son aspectos que aconsejan una modificación de este Real Decreto que, a la vista de su experiencia aplicativa, resulte más funcional al mundo cooperativo y a su finalidad de fomento del autoempleo.

A las anteriores críticas cabe añadir otras que han estado en la lógica de alguna de las enmiendas presentadas durante la tramitación parlamentaria de la Ley 45/2002. Una primera crítica se ha centrado en la limitación que normativamente se impone a la incorporación a la sociedad de trabajadores que hubieran prestado servicios con contratos temporales. Las cooperativas o sociedades laborales, como cualquier otra empresa, formalizan contratos de trabajo temporales ante determinadas situaciones de la actividad empresarial. En estos supuestos, la cooperativa formaliza contratos de trabajo temporales que cuando finalizan suponen el cese del trabajador. Sin embargo, en determinados supuestos, se pueden convertir en estructurales y fijos dichos puestos de trabajo, procediendo a incorporar como socios a las personas que han demostrado que poseen la cualificación profesional y personal necesarias para ser incorporados como socios de la cooperativa o de la sociedad laboral. De esta forma, “el trabajador que ha prestado sus servicios como trabajador temporal será incorporado como socio debiendo de realizar la aportación al capital que corresponda según la legislación en vigor o los estatutos de la cooperativa o sociedad laboral, sin embargo, con esta reforma, el socio, en el supuesto que se ha planteado, no puede capitalizar el desempleo para su incorporación a la empresa de economía social”⁵⁰.

El programa exige, como condición para obtener la capitalización de la prestación, que el desempleado se incorpore a una cooperativa o sociedad laboral “de forma estable y a tiempo completo”, condición que no se exigía anteriormente (el art. 1.1 RD 1044/85 se refería a los desempleados “que van a realizar una actividad profesional como socios trabajadores de una Cooperativa de trabajo asociado o Sociedad que tenga el carácter laboral”). A

⁵⁰ Enmienda núm. 13 presentada por la Senadora Inmaculada de Boneta y Piedra, EA (Mixto); Enmienda núm. 116 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, BOCG (Senado), de 12 de noviembre de 2002. El Grupo Parlamentario Catalán en el Senado (Convergència i Unió), en la enmienda núm. 170, proponía una redacción alternativa de la Disposición Transitoria Cuarta.1.Regla Primera (primer párrafo), a tenor de la cual: “La Entidad Gestora podrá abonar el valor actual del importe de la prestación por desempleo de nivel contributivo a los beneficiarios de prestaciones cuando pretendan incorporarse, de forma estable y a tiempo completo, como socios trabajadores o de trabajo, en cooperativas o en sociedades laborales, siempre que su vínculo contractual previo con aquéllas no hubiese sido superior a 24 meses, o constituir las o cuando dichos beneficiarios pretendan constituirse como trabajadores autónomos y se trate de personas con minusvalía igual o superior al 35 por 100”.

lo largo del debate parlamentario se propuso, igualmente, eliminar la referencia a tiempo completo, con el objeto de favorecer el empleo sin limitación del carácter de la jornada⁵¹.

5.2. Compatibilidad entre trabajo por cuenta ajena y subsidio de desempleo

El art. 221.1 LGSS sienta la regla general de la incompatibilidad del subsidio por desempleo (y la prestación contributiva) con el trabajo por cuenta ajena, admitiendo como única excepción el trabajo a tiempo parcial. Como excepción a dicha regla, la Ley 45/2002 establece en su Disposición Transitoria 5ª la posibilidad de que los desempleados mayores de 52 años inscritos en las Oficinas de empleo compatibilicen dicho subsidio con el desarrollo de una actividad por cuenta ajena. Como, de forma autoindulgente, señala la Exposición de Motivos del Ley 45/2002, su finalidad reside en posibilitar que el trabajador acumule periodos de cotización y recupere carreras de seguro que le garanticen una mejor pensión de jubilación.

De este modo, y tras la referida modificación, el citado colectivo queda exceptuado de la regla de incompatibilidad, ya realice su actividad a tiempo completo como a tiempo parcial, por medio de un contrato indefinido o temporal, y siempre que la duración del contrato sea superior a tres meses. No obstante, se excluyen de la regla de compatibilidad los siguientes contratos: los contratos de inserción; los contratos subvencionados por el INEM al amparo del Programa de Fomento de Empleo Agrario, establecido en el RD. 939/1997; los contratos efectuados por empresas que tengan autorizado expediente de regulación de empleo o en las que el desempleado haya trabajado en los últimos doce meses. Tampoco se aplicará la compatibilidad cuando se trate de contrataciones que afecten a familiares del empresario o de quienes ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración de las entidades o de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad, así como las contrataciones que se hagan con estos últimos.

Las ayudas a percibir por la empresa y/o el trabajador beneficiario del subsidio son las siguientes. En primer término, la Entidad Gestora abonará mensualmente al trabajador el 50% de la cuantía del subsidio, durante la vigencia del contrato, con el límite máximo del doble del periodo pendiente de percibir el subsidio y sin perjuicio de las causas de extinción previstas en el art. 213 letras, a), e), f), g) y h) LGSS, esto es, por alcanzar el beneficiario la edad de jubilación, por pasar a ser pensionista de jubilación o de invalidez permanente, por traslado de residencia al extranjero o por renuncia voluntaria al derecho. En segundo lugar, en caso de que el trabajo que origina la compatibilidad

⁵¹ Enmienda núm. 116 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, BOCG (Senado), de 12 de noviembre de 2002.

obligue al beneficiario a cambiar de lugar habitual de residencia, el INEM le abonará en un solo pago tres meses de la cuantía del subsidio. Y, finalmente, se bonifica con un descuento del 50% de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes en caso de contratación temporal con un máximo de 12 meses y d) se bonifica como proceda en caso de contratación indefinida, siempre que el contrato celebrado cumpla los requisitos previstos en cada caso.

La aplicación del programa que era voluntaria para los desempleados subsidiados, salvo para los beneficiarios del subsidio para mayores de 52 años, en la redacción que a esta disposición daba el RDL 5/2002. Esta última excepción ha desaparecido en la letra de la Ley 45/2002.

La Ley 45/2002, ha introducido en el texto del RDL 5/2002, un nuevo apartado 8 a tenor del cual también podrán compatibilizar voluntariamente el subsidio de desempleo a favor de los eventuales incluidos en el Régimen especial Agrario, con el trabajo por cuenta ajena los trabajadores mayores de 52 años, inscritos en las oficinas de empleo y beneficiarios de dicho subsidio, en los mismos términos regulados en los apartados anteriores. En todo caso, si el trabajador mantiene el trabajo por cuenta ajena, con independencia del régimen de Seguridad Social en el que esté encuadrado, cuando se cumpla un año desde el nacimiento del derecho al subsidio no se producirá la extinción del mismo (art. 9 a) RD. 5/1997), hasta la extinción de ese trabajo.

5.3. Programa de sustitución de trabajadores en formación por trabajadores beneficiarios de prestaciones por desempleo

Como efecto derivado de la regla de compatibilidad entre trabajo por cuenta ajena y prestaciones de desempleo que se generaliza en la Ley 45/2002, el art. 228.4. 3º LGSS, concretado por la Disposición Transitoria 6ª de la referida disposición, instaura un particular programa de sustitución de trabajadores en formación por desempleados. Dicho programa se dirige a empresas de menos de cien trabajadores que decidan sustituir a trabajadores que participen en acciones de formación financiadas por las Administraciones Públicas por perceptores de prestaciones de desempleo. Esta nueva modalidad de contrato de interinidad, dirigida a desempleados perceptores, tanto si se trata de las contributivas como si son las asistenciales, permite que el trabajador perciba la prestación o el subsidio por desempleo a que tenga derecho por el 50% de la cuantía durante la vigencia del contrato, con el límite máximo del doble del período pendiente de percibir de la prestación o del subsidio y el empresario deberá abonar la diferencia entre dicha cantidad y la del salario que corresponda, asumiendo también la responsabilidad por la totalidad de las cotizaciones a la Seguridad Social por todas las contingencias y por el total del salario incluyendo el importe de las correspondientes a las de la prestación o subsidio.

5.4. La movilidad geográfica ¿una solución al paro?

El efecto desánimo de los trabajadores en la búsqueda de empleo puede hallarse justificado cuando los puestos de trabajo vacantes estén en áreas geográficas distantes del lugar de residencia; en este caso, los costes de traslado serán significativos, sobre todo si el trabajador espera que el paro sea sólo temporal⁵². Un dato resulta revelador en nuestro país: sólo un 28% de los parados estarían dispuestos a cambiar de lugar de residencia para encontrar empleo. El efecto de esta situación es evidente: la dificultad de corregir el paro mediante movimientos migratorios, tanto interiores⁵³ como los que tendrían por destino otros países de la Unión Europea⁵⁴. Para tratar de salvar esta situación, y hasta ahora quedando en el terreno de las buenas intenciones, la Disposición Transitoria 7ª Ley 45/2002 establece un futuro programa de fomento de la movilidad geográfica, delineado a grandes rasgos por el art. 228.5 LGSS, que deberá ser, en todo caso, desarrollado reglamentariamente en un futuro próximo. De acuerdo con este último precepto, cuando así lo establezca algún programa de fomento de empleo para facilitar la movilidad geográfica, el INEM podrá abonar a los beneficiarios el importe de un mes de la duración de las prestaciones por desempleo o de tres meses de la duración del subsidio por desempleo, pendientes por percibir, para ocupar un empleo que implique cambio de localidad de residencia.

Los empresarios podrán obtener subvenciones públicas para organizar y costear el desplazamiento de trabajadores desempleados que se desplacen desde su residencia habitual a otra localidad para ocupar puestos de carácter temporal. Por su parte, los trabajadores tendrán derecho a ayudas económicas cuando cambien de residencia para ocupar un puesto de trabajo de carácter indefinido.

6. REFORMAS PROCESALES CON TRASCENDENCIA SOBRE LA PROTECCION POR DESEMPLEO: EL “SINGULAR” PROCESO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL ART. 145 BIS LPL

6.1. Los polémicos orígenes de una norma

La Disposición Adicional Tercera del RDL 5/2002 supuso una auténtica novedad, pues introdujo en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo proceso iniciado no por particulares sino por la Administración, en el que actuaba por su propio interés. La DA 3ª ha previsto para estos casos otra solución: el precepto

⁵² Entre los análisis económicos y sociales en materia de movilidad geográfica, es imprescindible en esta materia el Informe de CES, *La movilidad geográfica*, Madrid, CES, 2000.

⁵³ J. VILLAYERDE CASTRO, *Convergencia regional y unión monetaria ¿Dónde estamos? ¿A dónde vamos?*, Santander, Universidad de Cantabria, 1997, p. 69.

⁵⁴ A. PULIDO, *El Big Bang económico. El futuro del empleo y las pensiones*, Madrid, Pirámide, 1997, p. 63.

establece que “cuando la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo considere que puede no existir una situación legal de desempleo por entender que la reiteración de contratos temporales entre una misma empresa y un mismo trabajador pudiera ser abusiva o fraudulenta, lo podrá comunicar a la autoridad judicial, demandando la declaración de la relación laboral como indefinida y la readmisión del trabajador”. El párrafo 2º añade que “en estos supuestos se reconocerán provisionalmente las prestaciones por desempleo por extinción del contrato temporal, si se reúnen los requisitos exigidos y en el caso de la declaración en sentencia firme de la relación laboral como indefinida con obligación de readmitir al trabajador será de aplicación lo previsto en la letra b) del apartado 5 del artículo 209 de la Ley General de la Seguridad Social”.

La jurisprudencia tenía establecido que el INEM no podía denegar prestaciones por desempleo a un trabajador al que se le había notificado la finalización de un contrato temporal, aunque estimase que la contratación temporal, y por ello su extinción, eran en fraude de ley. La STS, Sala 4ª, 7 de mayo de 1994 (RJ. 4006) consideró que “debe entenderse que cuando el vínculo mantiene una apariencia de temporalidad y se produce la extinción por las causas previstas en el contrato no cabe imponer al trabajador la exigencia inexcusable de que demande por despido para que nazca el derecho a la prestación de desempleo pues eso supondría atribuirle una carga que no viene establecida en la ley, la que sólo requiere que se acredite el hecho cierto de la extinción del contrato temporal por la voluntad del empresario con base en las causas válidamente establecidas en el contrato”, circunstancia que resultaba tanto más trascendente cuanto, en la mayoría de las ocasiones, la notificación de la denegación de prestaciones se recibía una vez finalizado el plazo de caducidad para reclamar por despido.

La referida regulación viene a consolidar esa doctrina jurisprudencial, al estimar que, en estos casos, las prestaciones de desempleo deben ser reconocidas y, a su vez, permitir a la entidad gestora la iniciación de un procedimiento judicial tendente no a anular su propia resolución por la que se conceden las prestaciones por desempleo, sino a obtener sentencia sobre la existencia de relación laboral indefinida con obligación de readmitir al trabajador, recuperando la entidad gestora a cargo del empresario las prestaciones abonadas al trabajador, así como las cuotas abonadas a la Seguridad Social. Tal posibilidad no deja de resultar sorprendente y plantea un número tan elevado de problemas (carácter de las acciones planteadas, situaciones litisconsorciales, plazo para su ejercicio, entre otras⁵⁵) y supone una contradicción tan flagrante con los principios que informan los procesos de oficio que es muy

⁵⁵ Sobre los problemas que planteaba el germen procesal contenido en la Disposición Adicional 3ª EDL 5/2002, vid., I. ALBIOL MONTESINOS, A. BLASCO PELLICER, *Desempleo y despido en la reforma laboral del Real Decreto-Ley 5/2002*, pp. 85-93.

probable que la propia lógica de las cosas imponga la reordenación de esta disposición. A tal efecto, se indicó que “no debería sorprender que durante el trámite parlamentario la referida disposición sufra alguna modificación que la acerque más al establecimiento de algún método a través del cual, a sus propios efectos y sin proyección sobre la esfera contractual del trabajador afectado, se establezca la posibilidad de que sea la propia Entidad Gestora la que proceda a calificar el contrato y actuar en el reconocimiento de la prestación de acuerdo con la verdadera naturaleza de éste”.

6.2. Sobre el “mestizo” proceso de seguridad social del nuevo art. 145 bis LPL

Para resolver los citados problemas, la Ley 45/2002 introduce un nuevo art. 145 bis, dentro del capítulo VI, “De la Seguridad Social”, del título II del libro II LPL. De acuerdo con el mismo: “cuando la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo constate que, en los cuatro años inmediatamente anteriores a una solicitud de prestaciones, el trabajador hubiera percibido prestaciones por finalización de varios contratos temporales con una misma empresa, podrá dirigirse de oficio a la autoridad judicial demandando que el empresario sea declarado responsable del abono de las mismas, salvo de la prestación correspondiente al último contrato temporal, si la reiterada contratación temporal fuera abusiva o fraudulenta, así como la condena al empresario a la devolución a la Entidad Gestora de aquellas prestaciones junto con las cotizaciones correspondientes”.

En tanto que acción en la que se reclama el reintegro de prestaciones, la misma se encuentra sometida al mismo plazo de prescripción que el exigido para aquél, esto es, cuatro años, tal como impone el art. 45.3 LGSS. La legitimación de activar el procedimiento se otorga de manera potestativa al INEM, cuando el mismo debiera intervenir de oficio siempre que atisbara un posible fraude en la contratación temporal, pues lo contrario sería dejar al arbitrio de una decisión administrativa la persecución del fraude, con quebranto del art. 9.3 CE. Resulta también criticable que esta disposición, que se introduce con la finalidad de corregir ciertos fraudes en la contratación temporal, abriendo una nueva vía de aplicación del art. 15.3 ET, sólo permite activar el procedimiento por parte del INEM en los supuestos de reiteración abusiva o fraudulenta de los contratos temporales, circunscribiéndose, en consecuencia, a uno solo de los posibles supuestos de fraude.

De acuerdo con el nuevo art. 145. bis 1. 2º LPL, “a la comunicación, que tendrá la consideración de demanda, deberá acompañarse copia del expediente o expedientes administrativos en que se fundamente, y en la misma se consignarán los requisitos generales exigidos por la presente Ley para las demandas de los procesos ordinarios”. Exigencia que constituye también uno de los rasgos identificadores de la especialidad del art. 149 LPL. Dicha comunicación podrá dirigirse a la autoridad judicial dentro del plazo de caducidad

de los “tres meses siguientes a la fecha en que se hubiera formulado la última solicitud de prestaciones en tiempo y forma”. En todo caso, ello “no conllevará la revisión de las resoluciones que hubieran reconocido el derecho a las prestaciones por desempleo derivadas de la finalización de los reiterados contratos temporales, que se considerarán debidas al trabajador”.

El Juez examinará la demanda antes de decretar su admisión, al efecto de comprobar si reúne todos los requisitos exigidos, advirtiendo a la Entidad Gestora, en su caso, los defectos u omisiones de que adolezca a fin de que sean subsanados en el término de diez días. Aunque este plazo es notoriamente superior al de cuatro días establecido para las demandas ordinarias, puede justificarse la ampliación a la vista de “la lentitud en el funcionamiento de los órganos administrativos y las mayores dificultades, en su caso, que puede tener la Autoridad laboral para disponer de algunos datos sobre los que se exige la subsanación así como del interés normalmente público que se trata de proteger con la actuación administrativa”⁵⁶. La ausencia de subsanación llevará consigo el archivo de la demanda.

Así, “admitida a trámite la demanda, continuará el procedimiento con arreglo a las normas generales de la presente Ley, con las especialidades siguientes”:

En primer lugar, “el empresario y el trabajador que hubieran celebrado los reiterados contratos temporales tendrán la consideración de parte en el proceso, si bien no podrán solicitar la suspensión del proceso ni el trabajador desistir. Aun sin su asistencia, el procedimiento se seguirá de oficio”.

Pese a la ubicación del referido precepto dentro de los procesos de Seguridad Social y aunque su objeto se adecua a dicho encuadre sistemático, si huimos de nominalismos, parece evidente que los rasgos caracterizadores de este proceso lo acercan, más que lo alejan, de los procedimientos de oficio, si bien, como tendremos oportunidad de señalar, tampoco se ajusta al diseño típico de los procesos. Por ello, y en tanto categoría nacida en un espacio fronterizo, no son extrañas a la misma impurezas de los procesos que le sirven de referencia.

En este proceso, el INEM es el demandante, el empresario el demandado y el trabajador mero interviniente al que se le aseguran no obstante sus derechos prestacionales al constituir la finalización del último contrato temporal la situación legal de desempleo⁵⁷. Como doctrinalmente se ha

⁵⁶ J. GARCIA BLASCO, *Aplicación del Derecho del Trabajo y nuevo proceso de oficio*, Madrid, MTSS, 1993, p. 109.

⁵⁷ Se modifica el apartado 4, del art. 209 LGSS, a tenor del cual: “En el supuesto previsto en el artículo 145 bis del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral y sin perjuicio de lo señalado en el mismo, los trabajadores se entenderán en la situación legal de desempleo establecida en la letra f) del apartado 1 de este artículo por finalización del último contrato temporal y la Entidad Gestora les reconocerá las prestaciones por desempleo si reúnen el resto de los requisitos exigidos”. Sobre el carácter innecesario de tal precisión, A. DESDENTADO, A. DE LA PUEBLA, *La reforma de la protección por desempleo en la Ley 45/2002*, de próxima publicación

explicado⁵⁸, y a imagen y semejanza de lo que ocurre en el caso de la modalidad contenida en el art. 149 LPL, “la Administración interviene como sujeto interesado, en defensa de facultades propias, afectando la futura resolución judicial a sus propias facultades sancionadoras. Existe aquí una neta diferencia con los auténticos procesos de oficio, donde la Administración laboral al remitir la cuestión al órgano judicial actúa en tutela de terceros sujetos. En esta variante es claro que la Administración no actúa ni como representante ni como sustituto procesal de los trabajadores; tampoco actúa ni como denunciante ni cumple funciones similares a las del Ministerio Fiscal. Interviene en el proceso en nombre e interés propio, al extremo de que es el propio titular de la pretensión objeto del presente proceso. Es por ello que, en puridad, no nos encontramos ante un proceso de oficio, se caracteriza porque la demanda no es presentada por el titular de la pretensión procesal”. En todo caso, exigencias vinculadas con el propio art. 24 CE impulsan a que la Administración Laboral vea reconocida su presencia en el proceso con la condición de parte, pues cuanto en él se debate afecta de modo directo al ejercicio de sus potestades, en este caso, la defensa del interés público laboral y la eliminación de fraudes.

Esta “singularidad” procesal produce un notable desajuste en la mecánica de este procedimiento que hace, entre otras cosas, que no se comprenda con exactitud la razón de que traiga a este proceso, en el que la Administración propulsora sigue actuando como parte, privilegios propios de un proceso de oficio, como pudiera resultar el que sus afirmaciones gocen de presunción de certeza⁵⁹, cuando, en puridad, no se trata de tal al no defender la Administración una pretensión propia. De este modo, y a tenor de lo establecido en el art. 145 bis 3 b) LPL, “las afirmaciones de hechos que se contengan en la comunicación base del proceso harán fe, salvo prueba en contrario, incumbiendo la carga de la prueba al empresario demandado”. El referido precepto no deja de ser algo extravagante y el mismo actúa como mecánica traslación de la presunción de veracidad que opera en los procesos de oficio regulados en el art. 146 a) y b) y 149.1 y 2 LPL, si bien los mismos poseen lógicas claramente diferenciadas. Se atribuye por esta vía a la Autoridad Laboral la misma objetividad, imparcialidad y especialización que a la Inspección de Trabajo.

Aunque cuestionable, no es posible, en abstracto, considerar la referida regla contraria al art. 24 CE. Es evidente que el referido precepto no pasa de ser una norma reguladora de la carga de la prueba, que despliega únicamente

⁵⁸ A. BAYLOS GRAU, J. CRUZ VILLALÓN y M.F. FERNÁNDEZ LOPEZ, *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*. Madrid, Trotta, 1991, 2ª ed., p. 366.

⁵⁹ A. DESDENTADO, A. DE LA PUEBLA, *La reforma de la protección por desempleo en la Ley 45/2002*, de próxima publicación.

sus efectos mientras no se hayan practicado otras pruebas en autos que puedan haber llevado al juzgador al convencimiento de la existencia de una errónea apreciación de los hechos por la Autoridad Laboral. De este modo, únicamente, cuando de la referida regla se derive un manifiesto desequilibrio en la posición de quien deba desvirtuarla, podrá considerarse que tal actuar vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. De ahí que, como el Tribunal Constitucional ha venido señalando, sólo ante situaciones en las que “las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes, la obligación constitucional de colaboración con los Jueces y Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE)” determina como lógica consecuencia que, en materia probatoria, “la parte emisora del informe esté especialmente obligada a aportar al proceso con fidelidad, exactitud y exhaustividad la totalidad de los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, pues en otro caso se vulneraría el principio de igualdad de armas en la administración o ejecución de la prueba”, sin que “las deficiencias y carencias en el funcionamiento de un órgano administrativo” puedan “repercutir en perjuicio del solicitante de amparo” (STC 227/1991, de 28 de noviembre, FJ 3, y STC 116/1995, de 17 de julio, FJ 1, 61/2002, de 11 de marzo, FJ 3). Fuera de estas situaciones, no resulta fácilmente apreciable un desequilibrio constitucionalmente proscrito.

La sentencia que estima la demanda de la Entidad Gestora será inmediatamente ejecutiva.

Cuando la sentencia adquiera firmeza, se comunicará a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a efectos del inicio del correspondiente procedimiento sancionador. En el supuesto de que “en base a la declaración de hechos probados que figure en la sentencia se extienda, en su caso, acta de infracción por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, no será de aplicación lo dispuesto en el art. 149.2 de la presente Ley”. La norma se limita, de este modo, a subrayar la limitación del objeto, al ser el listado de materias contenido en el mismo cerrado, sin que pueda tener por objeto un acta de infracción sobre materia distinta a las expresamente previstas en el referido art. 149.2 LPL según viene estableciendo la doctrina de suplicación.

Esta regulación se completa con lo establecido en una indulgente y blanqueadora Disposición Transitoria 9ª, en la que se establece que “la comunicación de la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo a que se refiere el nuevo art. 145 bis de la Ley de Procedimiento Laboral se podrá dirigir a la autoridad laboral cuando el último de los reiterados contratos temporales entre el trabajador y la misma empresa se hubiera concertado tras la entrada en vigor de la presente Ley”.