

LOURDES FRAGUAS MADURGA

*Licenciada en Derecho
Profesora de Educación Secundaria (especialidad Formación
y Orientación Laboral)*

Extracto:

EL objeto del estudio se circunscribe al régimen jurídico de la compatibilidad e incompatibilidad de la prestación por desempleo en su nivel contributivo.

El ordenamiento jurídico prevé como regla general la incompatibilidad de la prestación por desempleo con la realización de un trabajo o con la percepción de pensiones o prestaciones de carácter económico de la Seguridad Social, si bien existen importantes excepciones y es por ello que se analizan las previsiones del ordenamiento jurídico en los supuestos de concurrencia de la prestación por desempleo, ya sea con la realización de un trabajo -a tiempo completo o a tiempo parcial-, o bien con la percepción de pensiones u otras prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social -incapacidad temporal, maternidad, incapacidad permanente, jubilación, muerte y supervivencia y protección a la familia-, tratándose asimismo la problemática derivada del desplazamiento en el ámbito de la Unión Europea y completándose todo ello con el análisis de la jurisprudencia.

Sumario:

- I. Planteamiento general.
- II. Prestación por desempleo y realización de trabajo.
 1. Trabajo por cuenta ajena y desempleo.
 2. Trabajo por cuenta propia y prestación por desempleo.
 3. Suspensión de la prestación.
- III. Prestación por desempleo y obtención de otras prestaciones de carácter económico de la Seguridad Social.
 1. Desempleo e incapacidad temporal.
 2. Desempleo y maternidad.
 3. Prestación por desempleo e incapacidad permanente.
 4. Prestación por desempleo y jubilación.
 5. Prestaciones por muerte y supervivencia y desempleo.
 6. Prestaciones de protección a la familia y desempleo.
- IV. Prestaciones por desempleo y desplazamientos en el ámbito de la Unión Europea.
- V. Otros supuestos.
- VI. Infracciones y sanciones.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

CEE	Comunidad Económica Europea.
ET	Estatuto de los Trabajadores (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo).
INEM	Instituto Nacional de Empleo.
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social.
LBE	Ley Básica de Empleo, 51/1980, de 8 de octubre.
LGSS	Ley General de la Seguridad Social (aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio).
LPD	Ley de Protección por Desempleo, 31/1984, de 2 de agosto.
SCT	Sentencia del Tribunal Central de Trabajo.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TC	Tribunal Constitucional.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

La preocupación por el desempleo se ha incrementado en los últimos tiempos debido al rápido crecimiento del número de parados. Cuestión esta que se ha visto reflejada en el ordenamiento jurídico español. La Constitución de 1978 eleva el trabajo a la consideración de derecho y deber en su artículo 35, disponiendo en su artículo 40 que los poderes públicos realizarán una política orientada al pleno empleo y que -continúa el art. 41-, mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo, lo que supone elevar al rango de mandato constitucional la protección por desempleo.

En cumplimiento de este mandato se promulgó la Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo (BOE de 17 de octubre), cuyo Título II fue derogado, dictándose en su lugar la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo (BOE de 4 de agosto). Esta última ley fue desarrollada a nivel reglamentario por el Real Decreto 625/1985, de 2 de abril (BOE de 7 de mayo) y modificada posteriormente por la Ley 22/1992, de 30 de julio, de medidas urgentes sobre fomento de empleo y protección por desempleo y la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo, que autorizaron al gobierno para proceder a la refundición de las normas vigentes en materia de Seguridad Social y protección por desempleo. Es por ello que el régimen jurídico vigente en la materia se encuentra contemplado en el Título III del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio -BOE de 29 de junio-, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

La protección por desempleo se prevé en los Convenios 44 y 102 de la Organización Internacional del Trabajo, ambos ratificados por España, que parten de un concepto asegurativo de la situación de desempleo, es decir, se requiere la pérdida total o parcial de un empleo anterior. Este riesgo en un sistema asegurativo como el vigente en España requiere la existencia de cotizaciones previas.

Este modelo posibilita el control del gasto en virtud de las oscilaciones del mercado de trabajo y la política de gasto público, realizándose ello a través de diversos métodos, como el incremento del período de cotización previo, la modificación del cálculo de las prestaciones o del régimen jurídico de la compatibilidad con el trabajo o con la percepción de otras prestaciones económicas de la Seguridad Social.

La protección por desempleo tiene como objeto esencial cubrir la situación de necesidad en que se encuentran quienes pudiendo y queriendo trabajar pierden su empleo o ven reducida la jornada de trabajo al menos en una tercera parte, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción. La contingencia o estado de necesidad protegidos por el sistema de Seguridad Social es la pérdida de empleo anterior, que conlleva la ausencia o reducción de ingresos económicos y consecuentemente, debe establecerse el régimen jurídico que regule la compatibilidad e incompatibilidad de las prestaciones por desempleo.

La LGSS regula en sus artículos 221 y 222 el régimen jurídico de la compatibilidad e incompatibilidad de las prestaciones por desempleo, desarrollado por el Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, en sus artículos 15, 16 y 17, si bien un estudio en profundidad del régimen de compatibilidad e incompatibilidad de las prestaciones por desempleo requiere ser completado con el análisis de determinadas causas de suspensión del derecho y con el régimen sancionador aplicable, así como con el análisis de la jurisprudencia.

El sistema de Seguridad Social parte del principio general de incompatibilidad de prestaciones en virtud del principio de unidad que lo preside, cuya manifestación más destacada se recoge en el artículo 122.1 LGSS, al establecer que «las pensiones del Régimen General serán incompatibles entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario, legal o reglamentariamente. En caso de incompatibilidad, quien pudiera tener derecho a dos o más pensiones optará por una de ellas». Si bien el precepto se refiere exclusivamente a las pensiones, la incompatibilidad puede producirse entre diversas prestaciones económicas que no consistan en pensiones, como se pondrá de manifiesto a lo largo del estudio.

Desde otra perspectiva, el sistema de protección por desempleo se fundamenta en el principio de incompatibilidad entre prestación por desempleo y realización de un trabajo como principio general, si bien se introduce cierta flexibilidad, permitiéndose en determinados supuestos la compatibilidad entre trabajo y prestación por desempleo.

Una y otra incompatibilidad se contemplan con carácter general en el artículo 221 LGSS, que además recoge aquellas circunstancias cuya concurrencia pudiera determinar, excepcionalmente, la compatibilidad.

De la incompatibilidad existente entre la percepción de la prestación por desempleo y la realización de un trabajo, se exceptúan los supuestos en que el trabajo sea a tiempo parcial. De la incompatibilidad entre la percepción de la prestación por desempleo y la obtención de otras prestaciones o pensiones de carácter económico, se exceptúan aquellas que hubieran sido compatibles con el trabajo que originó la prestación por desempleo.

El artículo 204 LGSS estructura la protección por desempleo en torno a dos niveles:

- Un nivel contributivo, que tiene por objeto proporcionar prestaciones sustitutorias de las rentas salariales dejadas de percibir como consecuencia de la pérdida de un empleo anterior o de la reducción de jornada.
- Un nivel asistencial, complementario del anterior, que garantice la protección a los trabajadores desempleados que se encuentran en alguno de los supuestos previstos en su artículo 215.

El objeto del estudio se circunscribe al régimen jurídico de la compatibilidad e incompatibilidad de la prestación por desempleo en su nivel contributivo, y es por ello que partiendo de la regla general descrita se analizan las previsiones del ordenamiento jurídico en los supuestos de concurrencia de la prestación por desempleo, ya sea con la realización de un trabajo o bien con la percepción de pensiones u otras prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social.

II. PRESTACIÓN POR DESEMPLEO Y REALIZACIÓN DE TRABAJO

Siendo el objeto de la prestación por desempleo el facilitar al beneficiario rentas sustitutivas del salario dejado de percibir, la relación entre el trabajo por cuenta ajena o propia y la prestación por desempleo no cabe referirlo exclusivamente al estudio de la compatibilidad o incompatibilidad entre ambas.

El ordenamiento jurídico contempla una regulación flexible de la incompatibilidad en principio existente entre la prestación por desempleo y la realización de un trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia, siendo manifestaciones de la misma la posibilidad de alternar períodos de trabajo con períodos de percepción de prestaciones por desempleo -sin que ello origine la extinción de la prestación, sino su suspensión-, y la posibilidad de compatibilizar la percepción de la prestación por desempleo con el trabajo a tiempo parcial en determinados supuestos.

El artículo 221.1 LGSS contempla la cuestión en los siguientes términos: «La prestación por desempleo será incompatible con el trabajo por cuenta propia, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social, o con el trabajo por cuenta ajena, excepto cuando éste se realice a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación, la parte proporcional al tiempo trabajado». La cuestión encuentra su desarrollo en el artículo 15 del Real Decreto 625/1985, siendo abundante la jurisprudencia al respecto.

1. Trabajo por cuenta ajena y desempleo.

1.1. Trabajo a tiempo completo y desempleo.

Reconociendo el artículo 221 LGSS la absoluta incompatibilidad entre trabajo por cuenta ajena a tiempo completo y desempleo, resulta imposible la concurrencia entre ambas prestaciones, de tal forma que su artículo 212 establece como causa de suspensión la realización de un trabajo de duración inferior a 12 meses, recogiendo el artículo 213 como causa de extinción la realización de un trabajo de duración igual o superior a 12 meses.

La jurisprudencia en materia del régimen jurídico regulador de la compatibilidad e incompatibilidad de la prestación por desempleo y el trabajo por cuenta ajena ha sido abundante, habida cuenta de la amplia casuística existente (1).

En todo caso, la tendencia es que estas normas sean de «rigurosa observancia y estricta interpretación y aplicación, para no ofrecer la menor rendija por donde se cuele tanta vulneración del sistema al amparo de las simulaciones o interpretaciones extensivas, permitiendo simultanear actividades retribuidas, con prestaciones por desempleo» (2).

De este modo se ha interpretado por los Tribunales de Justicia de las Comunidades Autónomas, así, en el supuesto de asignación del cargo de administrador a cinco de los seis socios, con amplias facultades conferidas a tal cargo y que podrían ejercitarlas con total independencia, se interpretó que la constitución de la empresa tenía por finalidad la de proseguir la actividad que el recurrente venía realizando con anterioridad en otra empresa, no siendo la actividad meramente mercantil, siendo la contraprestación de la actividad realizada los beneficios obtenidos por la empresa y declarándose en consecuencia la incompatibilidad con la percepción de la prestación por desempleo (3).

Del mismo modo, se considera incompatible la percepción de la prestación por desempleo con la situación de reserva transitoria en el ejército, no sólo porque al estar en situación de reserva transitoria se está en situación similar a la activa en cuanto al percibo de retribuciones incompatibles con la situación de desamparo que justifica el reconocimiento de prestaciones por desempleo, sino tam-

(1) No es incompatible la prestación con el trabajo realizado por amistad, STS, Sala 5.ª, 16-3-1988 (A. 2302); ni con el cargo de administrador de una sociedad que no recibe remuneración, STS, Sala 5.ª, 24-6-1988 (A. 6725); sí por el contrario, con el socio de una sociedad de transformación agraria, ya que tal condición implica la realización personal del trabajo, STS, Sala 5.ª, 18-3-1988 (A. 2451); la incompatibilidad exige recibir remuneración, STS, Sala 5.ª, 4-10-1988 (A. 7573), entendiéndose las rentas de trabajo, en sentido amplio, SCT 23-2-1984 (A. 1698), e incorporando las remuneraciones en especie (casa de la empresa), SCT 26-7-1988. Es incompatible con el alta en el régimen de empleados de hogar TSJ-Galicia 19-7-1993 (A. 3413).

(2) STS, Sala 5.ª, 24-2-1988 (A. 2505).

(3) TSJ-Madrid 29-1-1996 (A. 776).

bién porque el percibo de tales retribuciones es incompatible con el cobro de cualquier otra retribución que deban abonar los organismos públicos. Declarándose la incompatibilidad de las prestaciones por desempleo con el cobro de retribuciones que compensen la pérdida de empleo militar (4).

1.2. Trabajo a tiempo parcial y desempleo.

El estudio de la cuestión se centra en aquel supuesto en que el trabajador se encuentre percibiendo prestación por desempleo como consecuencia de la pérdida de un trabajo a tiempo completo o parcial y obtenga una colocación a tiempo parcial. La LGSS -art. 221.1- parte de la absoluta incompatibilidad entre el trabajo y la prestación por desempleo, si bien se exceptúa de este supuesto la realización de un trabajo a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación la parte proporcional al tiempo trabajado.

La cuestión se desarrolla en el artículo 15.2 del Real Decreto 625/1985, con el siguiente tenor literal: «Cuando un trabajador esté percibiendo prestación o subsidio por desempleo como consecuencia de la pérdida de un trabajo a tiempo completo o parcial y obtenga una colocación a tiempo parcial, se le deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado», reiterando prácticamente con el mismo texto la redacción legal. Así, como no podía ser de otro modo, la jurisprudencia reconoce la compatibilidad entre prestaciones por desempleo y trabajo a tiempo parcial, siempre que el trabajador estuviera dado de alta en la Seguridad Social.

No resulta ocioso, para distinguir este supuesto de otros de pluriactividad, destacar que en el supuesto que nos ocupa, el trabajador se encuentra percibiendo la prestación por desempleo, ya provenga ésta de un trabajo a tiempo completo o parcial, y es entonces cuando comienza un trabajo a tiempo parcial sin estar dado de alta en la Seguridad Social, percibiendo prestaciones por desempleo, se estaría produciendo una infracción. Cuestión distinta es que con posterioridad se diese de alta al trabajador como contratado a tiempo parcial, situación esta susceptible de ser compatibilizada con la prestación de desempleo parcial (5).

La Circular de la Dirección General del INEM, de aplicación de la Ley 22/1993 en materia de protección por desempleo, señala en su Instrucción 8.^a que, a estos efectos, se entiende por trabajo a tiempo parcial cuando se presten servicios durante un determinado número de horas al día, a la semana, al mes o al año inferior al considerado como habitual en la actividad de que se trate en dichos períodos de tiempo.

La duración de la prestación inicialmente reconocida no sufrirá alteración alguna respecto a su cómputo en días naturales, y ello con independencia de la reducción en la cuantía que se produzca, que será en función del tiempo trabajado. Esta reducción se produce en la misma proporción que

(4) TSJ-Aragón 21-7-1993 (A. 3284) y en el mismo sentido, TSJ-Andalucía 21-3-1996.

(5) STS 19-10-1994 y STS, Sala 3.^a, 21-5-1996 (A. 4464).

supone el trabajo a tiempo parcial ejecutado, en relación con el considerado como habitual en la actividad de que se trate, y ello aun que se tratara de un contrato a tiempo parcial de duración inferior a 12 horas a la semana o 48 horas al mes, si bien la reforma legal introducida por el Real Decreto-Ley 8/1997, de 16 de mayo, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo, ha introducido importantes modificaciones en el régimen jurídico de este tipo de contrato, que se pondrán de manifiesto en los párrafos siguientes.

En cuanto a la cotización, si bien en el momento de reconocer la prestación por desempleo inicial la base de cotización conforme a la regla contenida en el artículo 70 del Reglamento General de cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre -BOE de 25-1-1996-, será equivalente al promedio de las bases de cotización de los últimos seis meses de ocupación cotizada por contingencias comunes o, en su caso, por contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar, se procederá a la reducción de la base de cotización. El artículo 19.2 del Real Decreto 625/1985 prevé esta situación, indicando al respecto que durante la percepción de la prestación por desempleo, la base por la que deberá cotizarse a la Seguridad Social se reducirá en proporción a la disminución de la cuantía de la prestación.

Supuesto formalmente distinto, aunque similar desde un punto de vista material, del anteriormente estudiado es el denominado desempleo parcial, definido en la ley como aquel supuesto en que el trabajador ve reducida temporalmente su jornada ordinaria de trabajo, al menos en una tercera parte, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción, regulado en el artículo 203 LGSS.

En este supuesto -que ha sido denominado por algún autor de interconexión entre desempleo y trabajo a tiempo parcial originaria-, el trabajador pierde parcialmente su puesto de trabajo, sucediendo ello con carácter temporal, sin que deba suponer la conversión del contrato de trabajo en una relación jurídica a tiempo parcial. Ello se deduce de la previsión contenida en la LGSS, al establecer la referencia expresa a la temporalidad de tal situación, caracterizándose precisamente su situación legal de desempleo porque compatibiliza la prestación por desempleo correspondiente a la jornada de trabajo reducida con el trabajo efectivo en la empresa. Su fundamento se encuentra en que se trata técnicamente de una suspensión y por tanto temporal, aunque la misma no afecta a la totalidad de su jornada de trabajo, sino exclusivamente a parte de la misma, si bien al menos en una tercera parte. Existiendo compatibilidad entre la prestación por desempleo parcial y el trabajo que desarrolla en la empresa en cuanto a la jornada de trabajo no reducida, constituyendo tal compatibilidad la esencia de este supuesto jurídico.

Por lo que respecta a la cuantía, ésta se determina en proporción a la reducción de la jornada de trabajo, aplicándose en cuanto a la duración el Régimen General contenido en el artículo 3.1 del Real Decreto 625/1985, no produciéndose ningún tipo de reducción en días naturales, independientemente de la reducción de la jornada.

Cuestión distinta es la referente a la cotización, señalando el artículo 19 del Real Decreto 625/1985, a estos efectos, que durante la percepción de la prestación por desempleo, la base por la que deberá cotizarse a la Seguridad Social, en el caso de desempleo parcial, se reducirá en proporción a la disminución de la jornada, si bien a efectos de la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se aplicarán los porcentajes del epígrafe correspondiente a los trabajadores en período de baja, cualquiera que fuese la categoría profesional y la actividad del trabajador.

Con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/1997, de 16 de mayo, de medidas urgentes para la mejora del mercado y fomento de la contratación indefinida, se planteaba una situación problemática en el supuesto de simultanearse trabajos a tiempo parcial reducidos o marginales que aisladamente no daban lugar a protección por desempleo, pero unidos sí, a partir de la Ley 42/1994, la pérdida de uno podía crear graves complicaciones. En desempleo la pérdida de un empleo genera protección, pero se calculará de acuerdo con las cotizaciones del empleo parcial perdido. La pérdida posterior de otro u otros empleos no era seguro que resultase protegido porque pasaba a ser reducido.

El Real Decreto-Ley 8/1997, de 16 de mayo, modifica el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores, suprimiéndose toda referencia al contrato de menos de 12 horas a la semana o de 48 horas al mes, por lo que desaparece como figura contractual independiente carente de protección por desempleo. A su vez, en su disposición transitoria cuarta prevé que el gobierno en el plazo de tres meses proceda a adoptar las disposiciones necesarias para hacer efectivo el derecho a la cobertura de la totalidad de las contingencias de los trabajadores contratados a tiempo parcial por duración inferior a 12 horas a la semana o 48 horas al mes.

1.3. Pluriempleo o pluriactividad y prestación por desempleo.

La posibilidad de que el trabajador compatibilice en el mismo período de tiempo la realización de diversos trabajos y la situación de desempleo que eventualmente pudiera producirse derivada de la pérdida de alguno de ellos, ha sido regulada tradicionalmente por nuestro ordenamiento jurídico.

No resulta ocioso señalar brevemente la distinción entre pluriempleo y pluriactividad para posteriormente exponer el régimen jurídico de la compatibilidad o incompatibilidad en tal supuesto.

El pluriempleo se define como la situación en que se encuentra quien trabaje en dos o más empresas distintas, en actividades que den lugar a su inclusión en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social. Por el contrario, la situación de pluriactividad, si bien no aparece definida legalmente, jurisprudencia y doctrina legal la describen como la situación en que se encuentra la persona que realiza diversos trabajos que den lugar a su inclusión en distintos Regímenes de Seguridad Social, por contraposición a la situación de pluriempleo (6).

(6) STS 25-4-1975 (A. 2118) y la interesante obra de SALA FRANCO «El régimen jurídico del pluriempleo en el ordenamiento español», Madrid (Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social), 1985.

De la dicción legal del Real Decreto 625/1985, «cuando el trabajador realice dos trabajos», cabe deducir a mi juicio que el ordenamiento jurídico se está refiriendo a ambos supuestos, siempre que el trabajador se encuentre en situación legal de desempleo y por tanto provenga de un Régimen de la Seguridad Social que proteja dicha contingencia.

Siendo los supuestos de pluriempleo o pluriactividad aquellos en que el trabajador realiza diversos trabajos, distinguiendo el artículo 15.4 del Real Decreto 625/1985 dos modalidades de concurrencia en las que la pérdida de un trabajo puede dar lugar a la prestación por desempleo, y por tanto compatibilizar el trabajo con la prestación por desempleo (7); cuando el trabajador realiza simultáneamente dos trabajos a tiempo parcial y pierde uno de ellos y cuando el trabajador realiza simultáneamente un trabajo a tiempo completo y otro a tiempo parcial, extinguiéndose el contrato a tiempo completo (8).

• Cuando un trabajador realice un trabajo a tiempo completo y otro a tiempo parcial, la solución legal depende del contrato extinguido:

- Si pierde el contrato a tiempo parcial, no puede percibir prestación por desempleo, coherentemente con la previsión del artículo 221 LGSS, que contempla la incompatibilidad entre trabajo a tiempo completo y prestación por desempleo.
- Por el contrario, si el contrato extinguido era a tiempo completo, percibirá el trabajador prestación por desempleo, deduciéndose de la cuantía de la prestación la parte proporcional al tiempo trabajado, si bien la reducción de la cuantía de la prestación no alterará su duración computada en días naturales.

• Si, por el contrario, el trabajador realiza dos trabajos a tiempo parcial y pierde uno de ellos, percibirá la prestación por desempleo sin deducción alguna en la cuantía, constituyendo tal situación una excepción a la regla general prevista en el artículo 221 LGSS, que establece que cuando se compatibilice la prestación por desempleo con el trabajo a tiempo parcial «se deducirán del importe de la prestación la parte proporcional al tiempo trabajado». La prestación por desempleo no sufrirá ninguna reducción tampoco en cuanto a su duración, aplicándose las reglas generales de la prestación derivada del trabajo a tiempo parcial, en virtud de las cuales cada día trabajado se computará como un día cotizado, cualquiera que haya sido la duración de la jornada.

Ambos contratos a tiempo parcial simultáneos son autónomos a estos efectos. En caso de pérdida posterior del trabajo a tiempo parcial subsistente, también es autónomo a la hora de calcular la prestación (ocupación cotizada, base reguladora...).

(7) Incluso se establece la incompatibilidad «si el trabajo a tiempo parcial no tiene forma escrita», SCT 28-2-1989 (A. 1929).

(8) Aclarando la jurisprudencia que si pierde los dos (a tiempo completo y a tiempo parcial), sólo se generan prestaciones por el trabajo a tiempo completo, SCT 2-2-1989 (A. 1778).

- Por último, contempla el artículo 15.4 del Real Decreto 625/1985 el supuesto en el que se obtenga un nuevo trabajo a tiempo parcial por quien compatibiliza el trabajo a tiempo parcial con la prestación por desempleo, en cuyo caso será incompatible la prestación con los dos trabajos a tiempo parcial y dejará de percibirse ésta.

2. Trabajo por cuenta propia y prestación por desempleo.

Establece el artículo 221.1 LGSS al respecto que «la prestación o el subsidio por desempleo serán incompatibles con el trabajo por cuenta propia, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los Regímenes de la Seguridad Social».

Es destacable en primer lugar que esta regulación difiere sensiblemente de la anteriormente contenida en el artículo 18 de la Ley 31/1984, que se limitaba a indicar que «las prestaciones o subsidios por desempleo serán incompatibles con el trabajo por cuenta propia».

La vigente regulación ha querido poner fin a supuestos de difícil interpretación, señalando al respecto la Circular de aplicación de la Ley 22/1993, en materia de protección por desempleo de la Dirección General del INEM, en su Instrucción 8.^a, que «las prestaciones por desempleo serán incompatibles con el trabajo por cuenta propia, con independencia del número de horas que se dedique a la actividad y de los resultados económicos obtenidos, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los Regímenes de la Seguridad Social (ejemplo: abogado que ejerce su profesión)».

De acierto legal cabe calificar la inclusión del último inciso del precepto, poniendo fin a la situación de vacío legal existente con anterioridad, que hubo de ser solventada por la jurisprudencia, que interpretó la incompatibilidad de la prestación por desempleo con el ejercicio de profesiones liberales (9).

Cuestión destacable es la interpretación del precepto legal llevada a cabo por la Circular mencionada, que pone fin a los problemas interpretativos planteados al referirse a la incompatibilidad de las prestaciones por desempleo con el trabajo por cuenta propia, con independencia de los resul-

(9) STS, Sala 3.^a, 16-4-1990 (A. 3070), y las que cita; la colegiación era presunción de actividad, TSJ-Madrid 3-9-1990; así como con la colegiación con abogado ejerciente, TSJ-País Vasco 31-5-1993 (A. 2212) y TSJ-Cataluña 22-11-1993 (A. 4907) [salvo que actúe sólo en el turno de oficio, aunque con reducción de la prestación al equipararse a un trabajo a tiempo parcial, STS, Sala 3.^a, 21-12-1990, seguida por TSJ-Castilla y León 16-11-1993 (A. 4694)], o como arquitecto técnico, con alta en la licencia fiscal, TSJ-Cantabria 16-9-1993 (A. 1814), o como médico, TSJ-Cataluña 5-4-1993 (A. 563); la colegiación es presunción de actividad, TSJ-Madrid 13-10-1990, y más recientemente, TSJ-Murcia 29-4-1996, no considera a persona en alta en el Colegio de Abogados, integrado en bufete constituido en sociedad limitada, en situación legal de desempleo.

tados económicos obtenidos, de lo que cabe deducir que el criterio vigente es la incompatibilidad y se deriva de la mera alta como trabajador por cuenta propia. Criterio este que fue preciso establecer claramente para finalizar con la controvertida jurisprudencia anterior (10).

Íntimamente relacionado con ello se encuentra la cuestión referente a la incompatibilidad de la prestación por desempleo con el ejercicio de actividades preparatorias para la constitución de una actividad por cuenta propia, y si bien se mantuvo la compatibilidad a la luz de la legislación anterior (11), la más reciente jurisprudencia ha mantenido la tesis contraria, al considerar que en tales situaciones «... existe un beneficio por labores propias, pues a estos efectos beneficio es no sólo percibir unas cantidades equivalentes a renta, sino dejar de entregar las precisas para que esa obra se realice, y así, se ha dado la prestación de trabajo a cambio de un interés o retribución que resulta de todo punto incompatible con la percepción de prestaciones por desempleo, produciendo esa actividad constructiva o acondicionadora en sí misma un rendimiento que se refleja en el resultado de la obra...» (12).

Con los trabajos familiares se observa cierta flexibilización por la jurisprudencia (13); sin perjuicio de lo cual se reconoce la incompatibilidad cuando concurre la nota de habitualidad, pudiendo deducir del análisis de la jurisprudencia que la habitualidad en la colaboración en los trabajos familiares es esencial para determinar la incompatibilidad entre prestaciones por desempleo y trabajo por cuenta propia (14).

-
- (10) La mera afiliación y alta como autónomo en la Seguridad Social agraria no prueba que se esté trabajando [(SCT 29-3-1978, de dudosa doctrina, mantenida para otra materia (STS 14-10-1983, A. 5097)]. Sin embargo, STC 30-10-1984 (A. 8165), parece comenzar a corregir esta doctrina de forma que, al declarar incompatible el desempleo con la realización de trabajos por cuenta propia, afirma: «hecho que se deduce del simple alta en autónomos», que vuelve a cambiar en SCT 9-5-1989 (A. 3790). La incompatibilidad «sólo procede cuando la ejecución del trabajo suprima la situación de necesidad proveniente de la pérdida del empleo», SCT 1-6-1987 (A. 11692), siendo esencial el elemento de la renta que no se presume, STS, Sala 3.ª, 15-3-1990 (A. 1828). Y más recientemente, las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia entendieron que el alta en autónomos, o en cualquier Régimen de la Seguridad Social, no es incompatible en sí misma con la percepción de la prestación por desempleo, ya que ésta es incompatible con el trabajo retribuido, siendo en tal caso el alta una presunción *iuris tantum*, de la realización de un trabajo que, por tanto, puede ceder ante realidad distinta, TSJ-Castilla y León 17-5-1994 (A. 2167) y TSJ-Andalucía 7-6-1994 (A. 2342), si bien STS, Sala 3.ª, 10-7-1992 (A. 6061), 26-11-1992 (A. 9385) y 30-10-1993 (A. 8019), señalan que es incompatible, lógicamente, con actividad por cuenta propia, cualesquiera que sean sus rendimientos, TSJ-Castilla y León 21-12-1993 (A. 5318) y TSJ-Asturias 1-3-1996, a mi juicio mucho más acertada, declara la incompatibilidad con el alta en autónomos, que implica la presunción *iuris tantum* de la realización de su trabajo por cuenta propia como titular de una licencia de taxi, con un trabajador asalariado a su servicio.
- (11) No se consideró incompatible con los trabajos preparatorios para la constitución de una cooperativa, SCT 1 y 23-6-1987 (A. 11692 y 13884), o de una sociedad anónima laboral, STS, Sala 3.ª, 10-5-1990 (A. 3742), 4-10-1990 (A. 7427), o de su conservación, STS, Sala 3.ª, 15-3-1990 (A. 1828), o con una actividad liquidadora, STS, Sala 3.ª, 16-4-1990 (A. 3071).
- (12) STS, Sala 3.ª, 31-3-1989 (A. 2152) y 5-9-1995 (A. 6709).
- (13) No considerándose incompatible con la actividad de quien, sin percibir salarios «ayuda a sus padres ocasionalmente durante el paro y a causa de éste», SCT 2-2-1982, o está impuesta por su condición conyugal, STS, Sala 3.ª, 10-5-1990 (A. 2830), observándose una cierta flexibilización con respecto a los trabajos familiares, STS, Sala 3.ª, 9-9-1990 (A. 8469) y 1-10-1990 (A. 7420). Se considera incompatible con la prestación la situación de quien ayuda los fines de semana y días festivos a su hijo en el bar que regenta éste, al no ostentar la titularidad ni la propiedad del negocio, STS, Sala 3.ª, 15-12-1992 (A. 1659).
- (14) *Vid.* STS 18-1-1996 (A. 285) y 27-5-1996 (A. 4495).

En otro orden de cosas, es destacable que el alta en el Impuesto sobre Actividades Económicas, no determina por sí misma la denegación de la prestación por desempleo, sino que, por el contrario, el hecho determinante es el ejercicio o no de la actividad, manteniendo el Tribunal Supremo la improcedencia de la sanción impuesta por incompatibilidad de la percepción de la prestación por desempleo y la titularidad de la licencia fiscal en determinados supuestos, como ocurre en el supuesto de un café-bar cerrado con anterioridad, sin que el interesado hubiera procedido a presentar la correspondiente baja en la licencia fiscal por desconocer este trámite (15).

Por otra parte, y si bien el INEM insiste en mantener la incompatibilidad entre la prestación por desempleo y la actividad profesional que cabe presumir de la colegiación y el alta en el Impuesto sobre Actividades Económicas, los Tribunales matizan este principio: de este modo en un supuesto de concurrencia de los requisitos de alta en el Impuesto sobre Actividades Económicas y colegiación, se consideraba que ambos requisitos eran imprescindibles para el ejercicio de la profesión de aparejador en la empresa en que cesó por despido, y la presunción que del mantenimiento de ambas circunstancias se deriva -que continuaba trabajando por cuenta propia después del despido-, queda desvirtuada por la certificación negativa de actuación profesional emitida por el Colegio de Aparejadores; admitiendo que si bien el alta en el Impuesto sobre Actividades Económicas presuponía el desempeño de la actividad, tal presunción admite una realidad en sentido contrario, cuando es acreditada suficientemente, señalando que la mera pertenencia o inclusión en un censo, no basta para derivar de ello los mismos efectos que los que produce el desempeño real de una actividad (16).

En el trabajo por cuenta propia no cabe plantear la compatibilidad con la prestación por desempleo cuando éste es a tiempo parcial, por resultar indeterminable la medición del trabajo por cuenta propia y no existir la posibilidad legal de darse de alta en el sistema de Seguridad Social por cuenta propia y a tiempo parcial.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe recordar que la redacción de la normativa aplicable con anterioridad al 1 de enero de 1994 podía presentar problemas interpretativos con respecto a qué tipo de trabajos a tiempo parcial se refería la excepción de incompatibilidad, los Tribunales entendieron que era únicamente al trabajo por cuenta ajena (17).

(15) *Vid.* STS 5-9-1995 (A. 6709).

(16) TSJ-Madrid 7-2-1996.

(17) La compatibilidad es con trabajo a tiempo parcial por cuenta ajena y no por cuenta propia, ya que en éstos aquella medición es indeterminable, SCT 4-12-1987 (A. 27383), 20-5-1988 (A. 4082) y 20-6-1988 (A. 4759) -con excepción de abogado que actúa sólo en el turno de oficio, aunque con reducción de la prestación, STS, Sala 3.ª, 21-12-1990, seguida por TSJ-Castilla y León 16-11-1993 (A. 4694)-, y sólo existe en la relación de ajenidad, lo que distorsiona este punto de vista, TSJ-Aragón 17-2-1993 (A. 562), TSJ-País Vasco 31-5-1993 (A. 2212), TSJ-Cataluña 22-11-1992 (A. 4907) y TSJ-Cantabria 16-9-1993 (A. 3960).

3. Suspensión de la prestación.

Como se ha puesto de manifiesto en el planteamiento general de la cuestión, una de las manifestaciones de la flexibilidad del sistema es la aplicación de la suspensión y no extinción, en el caso de que el beneficiario realice un trabajo de duración inferior a 12 meses. Su régimen jurídico se recoge en el artículo 212.1 d) LGSS en los siguientes términos: «El derecho a la percepción de la prestación por desempleo se suspenderá por la entidad gestora en los siguientes casos: d) mientras el titular del derecho realice un trabajo de duración inferior a 12 meses».

En este supuesto la suspensión del derecho a la prestación supondrá la interrupción del abono de la misma y no afectará al período de su percepción. La dinámica de la suspensión supone que el derecho se reanuda una vez finalizada la prestación de un trabajo de duración inferior a 12 meses, sin especificar la ley ni el reglamento de qué tipo de trabajo se trata, por lo que debe interpretarse que dará lugar a la reanudación del derecho tanto la extinción de un trabajo por cuenta propia como por cuenta ajena.

Las cotizaciones correspondientes a estos trabajos de duración inferior a 12 meses pueden acumularse para el reconocimiento de un nuevo derecho a la prestación por desempleo, cuando el trabajador se encuentre en situación legal de desempleo.

III. PRESTACIÓN POR DESEMPLEO Y OBTENCIÓN DE OTRAS PRESTACIONES DE CARÁCTER ECONÓMICO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El artículo 221.2 LGSS establece como principio general la incompatibilidad de la prestación por desempleo con la obtención de pensiones o prestaciones de carácter económico de la Seguridad Social.

No obstante, se permite la concurrencia de la prestación por desempleo cuando la pensión o prestación económica de la Seguridad Social hubiera sido compatible con el trabajo que originó la prestación por desempleo, razón esta por la que debe analizarse para cada tipo de prestación económica de la Seguridad Social la posible compatibilidad con el trabajo.

Una primera reflexión que debe realizarse es que el precepto se refiere a «pensiones o prestaciones de carácter económico de la Seguridad Social», por lo que no resulta de aplicación al denominado nivel complementario externo que los interesados pudieran concertar con entidades privadas, coherentemente con la regulación prevista en el artículo 41 de la Constitución, al preceptuar que «... la asistencia y prestaciones complementarias serán libres», otorga plena libertad a los beneficiarios del sistema de la Seguridad Social para cubrir de la forma que estimen más conveniente cuantas necesidades sean exorbitantes a la acción protectora de la Seguridad Social.

Analizándose en este apartado del estudio el régimen jurídico de la compatibilidad e incompatibilidad de la prestación por desempleo con los subsidios de incapacidad temporal y maternidad, así como con las pensiones por invalidez, jubilación, muerte y supervivencia.

1. Desempleo e incapacidad temporal.

El artículo 222 LGSS que lleva por rúbrica «Desempleo e incapacidad temporal» establece la absoluta incompatibilidad entre la prestación por desempleo y el subsidio de incapacidad temporal.

Este sistema resulta de la aplicación concreta de la regla general contenida en su artículo precedente en base a que en ningún caso la situación de incapacidad temporal es compatible con el trabajo. La situación de incapacidad temporal es objeto de regulación en el Capítulo IV, Título II LGSS -art. 128 y ss.-; siendo situación determinante de la misma el accidente sea o no laboral, la enfermedad común o profesional, así como el período de observación para esta última, el subsidio por incapacidad temporal se reconoce para cubrir la situación de necesidad originada por las rentas salariales dejadas de percibir por encontrarse el trabajador impedido para el trabajo. La compatibilidad del subsidio por incapacidad temporal con el trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia es causa de denegación, anulación o suspensión del derecho.

Durante el período en que el trabajador se encuentre en situación de incapacidad temporal -hasta el período máximo de 18 meses-, el contrato de trabajo permanece plenamente vigente, subsistiendo en consecuencia la obligación de cotizar a la Seguridad Social. La incapacidad temporal no constituye por sí misma causa de suspensión, ni de extinción del contrato, ahora bien, cabe que se produzca la extinción, suspensión o reducción de la jornada de trabajo por causas ajenas a la indicada situación, razones estas por las que el artículo 222 regula dos supuestos diferentes (18): el supuesto en que el trabajador se encuentra en situación de incapacidad temporal y pierde su empleo por extinción del contrato de trabajo y el supuesto cronológicamente inverso, aquel en que el trabajador encontrándose en situación de desempleo y disfrutando de la prestación pasa a la situación de incapacidad temporal.

- Cuando el trabajador se encuentre en situación de incapacidad temporal y durante ella se extinga su contrato por alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 208 LGSS, seguirá percibiendo la prestación por incapacidad temporal hasta que se extinga dicha situación, pasando entonces a la situación legal de desempleo y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la correspondiente prestación.

(18) Como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia, al efecto *vide* SCT 16 y 19-12-1981 y STS 16-1-1986.

Como puede apreciarse, en este supuesto se declara en primer lugar la situación de incapacidad temporal, es decir, durante la vigencia del contrato, resultando por tanto de aplicación el régimen jurídico previsto con carácter general y *a posteriori* se produce la extinción del contrato por alguna de las causas del artículo 208.1 LGSS, que son las que determinan los supuestos que originan la situación legal de desempleo exclusivamente por extinción de la relación laboral, silenciando la ley y el reglamento aquellos casos en que el trabajador se encuentra en situación legal de desempleo por suspensión de la relación laboral en virtud de expediente de regulación de empleo o por reducción en una tercera parte al menos de su jornada de trabajo. De ello se deriva la conclusión de que únicamente se refiere el régimen jurídico expuesto a los supuestos de desempleo total por extinción, pero no a los de desempleo parcial ni total por suspensión del contrato. La causa de esta exclusión únicamente puede justificarse por el hecho de considerar la temporalidad inicial de tales situaciones, pero nada impide que las mismas se prolonguen por un período superior a 18 meses, lo que llevaría de aplicarse *stricto sensu* a una situación de injusticia material difícilmente justificable.

El artículo 222.1 LGSS exige como requisitos para la aplicación del régimen jurídico descrito, por una parte, que el contrato se extinga por alguna de las causas previstas en el artículo 208.1 y, por otra, que el trabajador reúna los requisitos necesarios para acceder a la prestación por desempleo, una vez que se haya producido la extinción de la incapacidad temporal.

En tal sentido, si bien se recogen como causas de extinción del derecho al subsidio de incapacidad temporal, en el artículo 131 *bis*: el transcurso del plazo máximo establecido, el alta médica del trabajador, con o sin declaración de invalidez permanente, el reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación o el fallecimiento, sólo puede accederse a la protección del desempleado, por coherencia con el sistema, a través de la extinción por alta médica sin declaración de invalidez permanente.

Cuando se cumplan ambas exigencias legales, el trabajador «pasa a la situación legal de desempleo», y a percibir entonces la prestación; pudiendo deducirse de ello que pese a la desafortunada redacción legal, la situación legal de desempleo que se había producido con anterioridad produce su virtualidad y plenos efectos al extinguirse la situación de incapacidad temporal.

Por otra parte, en cuanto al período de percepción de la prestación, ésta se reconocerá por el tiempo que resulte de aplicar la escala general contenida en el artículo 210 LGSS, sin que sufra reducción alguna por el tiempo de percepción del subsidio de incapacidad temporal.

En cuanto a su aplicación al supuesto especial de los trabajadores fijos discontinuos, la entonces Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social, en Resolución de 4 de marzo de 1986, estableció que los trabajadores fijos discontinuos que estuvieran en situación de incapacidad temporal y durante la misma se extinguiera o suspendiera su contrato de trabajo, por haber finalizado o haberse interrumpido la actividad intermitente o de temporada de la empresa, seguirían percibiendo la prestación en las mismas condiciones que venían recibéndola, hasta que por cualquiera de las causas previstas para esta contingencia se extinguiera tal situación.

• La LGSS regula en su artículo 222.2, desarrollado por el artículo 17 del reglamento, el supuesto cronológicamente inverso al estudiado, aquel en que el trabajador perceptor de la prestación por desempleo y encontrándose en el disfrute de la misma pase a la situación de incapacidad temporal, y si bien establece rotundamente la incompatibilidad entre ambas prestaciones, la solución es distinta, como no podía ser de otro modo:

La LGSS exige con carácter general en su artículo 94.1 para acceder a las prestaciones del sistema, y, por tanto, a la de incapacidad temporal que el trabajador se encuentre afiliado, en alta o situación asimilada al alta, especificando el artículo 4 de la Orden de 13 de octubre de 1967 que tendrá la consideración de situación asimilada al alta la situación de desempleo involuntario, total y subsidiado, regulando el artículo 222.2 LGSS la aplicación concreta de este supuesto.

No resulta ocioso mencionar en este punto lo dispuesto en la Circular 14/92, de 7 de julio, de la Dirección General del INSS, que transcribe la Resolución de 8 de junio de 1992, de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, que fija el criterio de que no puede considerarse como situación asimilada al alta, a efecto de esta prestación, la de incapacidad temporal en aquellos supuestos en los que se ha extinguido la obligación de cotizar, como consecuencia de haberse producido la extinción de la relación laboral. De acuerdo con lo anterior, no procede reconocer prestación de incapacidad temporal, aunque sea debida a distinta contingencia, para aquellos trabajadores que se encuentren en la situación expuesta, que seguirán percibiendo a través de la Dirección Provincial del INSS competente la prestación causada con anterioridad a la baja en la empresa hasta que se produzca una de las causas de extinción.

En virtud de lo previsto con carácter general para el supuesto que nos ocupa, el trabajador percibirá la prestación por incapacidad temporal en igual cuantía que le hubiera correspondido por desempleo, si bien percibirá la cuantía correspondiente a la incapacidad temporal de resultar esta última superior.

En tal situación, la cantidad percibida durante la incapacidad temporal por el trabajador desempleado y perceptor en un principio de prestaciones por desempleo lo es en concepto de subsidio por incapacidad temporal, con independencia de que sea abonada la prestación por el INEM por delegación, habiendo sido reconocida tal situación por la entidad gestora correspondiente, como señala el artículo 17 del Real Decreto 625/1985. Este régimen supone el establecimiento por prescripción legal de una simulación de derecho de opción, que opera automáticamente, sin que el beneficiario opte por aquella que más le convenga por ser superior en su cuantía, coherentemente con el principio de incompatibilidad entre las prestaciones.

En otro orden de cosas, es destacable que la cuantía de la prestación por incapacidad temporal es el resultado de aplicar determinados porcentajes -el 60% del 4.º al 20.º día y el 75% del 21.º en adelante si es enfermedad común o accidente no laboral, o el 75% en el supuesto de accidente de trabajo o enfermedad profesional, estas últimas también pueden ser causas determinantes en el supuesto de desempleo parcial-, a la base reguladora, siendo ésta como regla general el resultado de divi-

dir la base de cotización del mes anterior a la fecha de inicio de la incapacidad temporal por el número de días a que dicha cotización se refiera, si bien cuando el trabajador perciba retribución mensual y haya permanecido en alta todo el mes natural anterior, se dividirá por 30, y si el trabajador ha ingresado en la empresa en el mismo mes en que se inicia la incapacidad temporal, se aplican estas reglas referidas a los días en activo. Siendo los porcentajes aplicables a la prestación por desempleo más elevados -70% durante los 180 primeros días y el 60% desde el 181-, puede parecer en principio más beneficiosa la prestación por incapacidad temporal, si bien siendo la base reguladora distinta en ambas prestaciones, resulta preciso calcular en cada supuesto concreto ambas prestaciones.

Cuestión destacable es la regulación reglamentaria de esta situación, puesto que si bien la ley se refiere exclusivamente a la situación de desempleo total -sin especificar si lo es por causa de extinción o de suspensión del contrato de trabajo-, el reglamento por el contrario no silencia en este caso la referencia al desempleo parcial, incluyéndolo expresamente. Sucede así que coherentemente con la regulación prevista en el sistema de Seguridad Social, el trabajador que mantuviera su actividad parte de la jornada percibiría directamente de la entidad gestora correspondiente el porcentaje del subsidio por incapacidad temporal equivalente a la jornada que mantiene y del INEM por delegación de la misma la parte proporcional del subsidio equivalente a la jornada que dejó de trabajar.

La duración de la prestación por desempleo en este segundo supuesto será la reconocida inicialmente, sin que se produzca la ampliación de la misma por el hecho de sufrir el trabajador una incapacidad temporal, según disponen la ley y el reglamento.

En otro orden de consideraciones, el apartado 3 del artículo 17 del reglamento prevé que si el trabajador continuara en situación de incapacidad temporal una vez finalizado el período máximo de percepción de la prestación por desempleo, y tuviera derecho al subsidio por desempleo, el plazo de espera de un mes para acceder a éste se contará a partir del día siguiente al de la extinción de la prestación de incapacidad temporal, suponiendo por lo tanto que el trabajador debe dar cumplimiento a los requisitos generales exigidos para acceder a este último, sin que por otra parte el hecho de encontrarse en situación de incapacidad temporal le ocasione pérdida alguna del mismo, es decir, supone la aplicación *ex lege* del principio contenido en el apartado 1.º del artículo 222 LGSS anteriormente expuesto, mediante el cual el beneficiario se encuentra en situación de incapacidad temporal en el momento de acceder al subsidio por desempleo, sin considerar que anteriormente a la incapacidad temporal existió un período de prestación por desempleo que coexistió en el tiempo con éste, produciéndose el nacimiento del derecho al subsidio por desempleo en el momento de la extinción de la incapacidad temporal.

En materia de cotizaciones, la LGSS establece en el inciso final del artículo 222.2 que: «Cuando el trabajador se encuentre percibiendo la prestación por desempleo y pase a la situación de incapacidad temporal (...) la entidad gestora de las prestaciones por desempleo continuará satisfaciendo las cotizaciones a la Seguridad Social conforme a lo previsto en el párrafo b) del apartado 1 del artículo 206», pudiendo extraer del examen conjunto del mismo con el artículo 19 del reglamento y el artículo 214.4 LGSS las siguientes conclusiones:

- Si el trabajador se encuentra en situación de desempleo por extinción total y pasa a la situación de incapacidad temporal, el INEM abonará la aportación de la empresa correspondiente a las cotizaciones a la Seguridad Social, así como el complemento de la aportación del trabajador consistente en el 35 por 100 -o el 72% en el caso de trabajadores fijos del Régimen Especial Agrario-, debido a que se reduce en dichos porcentajes la aportación del trabajador a la Seguridad Social, si bien la cotización no comprenderá la aportación a las contingencias de desempleo, accidente de trabajo, enfermedades profesionales, fondo de garantía salarial ni formación profesional.
- Si el trabajador se encuentra en situación de desempleo total por suspensión del contrato, la empresa ingresará la aportación que le corresponda, debiendo la entidad gestora ingresar únicamente la aportación del trabajador una vez efectuado el descuento indicado en el supuesto anterior.

Si el trabajador se encuentra en situación de desempleo total, ya sea por extinción o por suspensión, conforme lo dispuesto en el artículo 70 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, la base de cotización será equivalente al promedio de las bases de los últimos seis meses de ocupación cotizada por contingencias comunes, o, en su caso, por contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar.

- Para el supuesto de desempleo parcial por reducción de jornada, la empresa mantiene la obligación de cotizar y el INEM ingresará la aportación del trabajador, una vez efectuado el descuento indicado anteriormente, reduciéndose la base de cotización en proporción a la disminución de la jornada.

En los dos últimos supuestos, se aplicará a efectos de cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales los tipos correspondientes al epígrafe 126, correspondiente a los trabajadores en período de baja, cualquiera que fuera la categoría profesional y la actividad del trabajador.

En todos los supuestos, mientras subsista la prestación, el INEM seguirá abonando las cuotas correspondientes, incluso las del 4.º al 15.º día (Resolución de 12-1-1993).

Supuesto especial en materia de cotización es aquel en que el trabajador continúa en situación de incapacidad temporal una vez finalizado el período de percepción de la prestación por desempleo, ya que, en tal caso, si bien subsiste la percepción del subsidio por incapacidad temporal, no existe según la jurisprudencia obligación de cotizar por parte de la entidad gestora, ya que no forma parte de la prestación ni existe auténtica situación de incapacidad temporal, sino meramente «técnica». En tal sentido, la jurisprudencia ha interpretado que son sujetos de la obligación de cotizar las empresas y el INEM mientras proceda el abono de la prestación por desempleo, según determina la

LGSS y el artículo 19 del Real Decreto 625/1985, pero en estos preceptos no se impone a las empresas después de extinguida la relación laboral con baja del trabajador, ni al INEM, después de extinguida la prestación por desempleo, ni menos al INSS, la obligación de cotizar en esta situación en que, excepcionalmente, se mantiene la percepción del subsidio por incapacidad temporal (19).

Cuestión distinta es la contemplada en el artículo 131 *bis* LGSS, referente a los supuestos en que transcurrido el período máximo de duración y continuando la necesidad de tratamiento médico, la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la calificación de invalidez y ésta se retrasara por el período máximo de 30 meses a contar desde el inicio de la incapacidad temporal, no subsistiendo la obligación de cotizar en tal período. A efectos de desempleo se considera situación asimilada al alta, coherentemente con el hecho de que se prorrogan los efectos de la incapacidad temporal hasta el momento de la calificación de la invalidez permanente.

2. Desempleo y maternidad.

La LGSS recoge en el Capítulo IV *bis* del Título II la regulación de la situación de maternidad, considerando como beneficiarios del subsidio por maternidad a los trabajadores, cualquiera que fuera su sexo, que se encuentran en situación de afiliados, en alta o situación asimilada al alta y acrediten un período mínimo de cotización de 180 días en los cinco años inmediatamente anteriores al parto, o a la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que constituya la adopción y reúna los demás requisitos reglamentariamente establecidos.

La situación de maternidad venía incluida en la regulación de la incapacidad temporal, si bien la reforma producida por la Ley 42/1992, de 30 de diciembre, la dotó de autonomía jurídica, disponiendo la citada ley en su disposición final tercera que las referencias a la incapacidad laboral transitoria se entenderían realizadas tanto a la situación de incapacidad temporal, como a la de maternidad. De ello se deriva la aplicabilidad del régimen jurídico previsto para la incapacidad temporal por lo que respecta a la incompatibilidad de la prestación por desempleo y el subsidio por maternidad, si bien es necesario realizar algunas precisiones:

El artículo 133 *quinquies* LGSS señala que el derecho al subsidio por maternidad podrá ser denegado, anulado o suspendido cuando el beneficiario trabajara por cuenta ajena o por cuenta propia durante los correspondientes períodos de descanso, de la que cabe deducir la incompatibilidad absoluta entre ambas prestaciones.

El régimen de la incapacidad temporal es aplicable cuando durante la percepción del subsidio de maternidad se extingue el contrato de trabajo -por causas ajenas a la indicada situación, o cuando la situación de maternidad comienza durante la percepción de la prestación por desempleo o incluso se prolongara en el tiempo más allá de ésta, si bien deben destacarse peculiaridades de la maternidad por lo que respecta a su incompatibilidad con la prestación por desempleo:

(19) STS 18-9-1991, 21 y 24-1-1994 (A. 359) y STS 19-7-1996 (A. 6370).

La disposición adicional sexta, 3 del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social -BOE de 19-8-1995-, señala que cuando en virtud de lo previsto en el artículo 222 LGSS, la trabajadora se encuentre percibiendo prestaciones de desempleo y pase a la situación de maternidad, la correspondiente prestación será abonada, por delegación de la entidad gestora correspondiente, por el INEM.

Durante dicha situación, de la cuantía de la prestación se deducirá el importe de las cotizaciones a la Seguridad Social a cargo de la interesada. En coherencia con esta disposición, si bien la disposición adicional undécima, *ter* LGSS señalaba en su redacción originaria que «con relación a las prestaciones económicas de maternidad reguladas en la presente ley, no cabrá fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas, siendo gestionadas directamente por la entidad gestora respectiva», la Ley 13/1996, de 30 de diciembre -BOE de 31-12-1996-, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, adiciona al citado precepto el siguiente texto «... sin perjuicio de que ésta pueda concertar la encomienda de gestión para el pago de la prestación con el INEM en los supuestos a que se refiere el artículo 222.2 de la ley».

No resulta ocioso destacar en este apartado que el período de disfrute de la excedencia por cuidado de hijos por período no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo -regulada en el art. 46.3 ET-, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 4/1995, tendrá la consideración de situación asimilada al alta para obtener las prestaciones por desempleo. Dicho período no podrá computarse de ocupación cotizada para obtener las prestaciones por desempleo, pero a efectos de este cómputo se podrá retrotraer el período de seis años anteriores a la situación legal de desempleo, o al momento en que cesó la obligación de cotizar por el tiempo equivalente al que el trabajador hubiera permanecido en la situación de excedencia forzosa.

3. Prestación por desempleo e incapacidad permanente.

La situación de invalidez en la que puede encontrarse el trabajador y la concurrencia con la prestación por desempleo a la que pudiera tener derecho, presentan un panorama que es objeto de análisis en este apartado.

Cabe señalar en este punto que la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, señala en su artículo 8. Cinco, en cuanto a la invalidez que «las referencias que se contienen en la LGSS y en las normas de desarrollo, a la "invalidez permanente", se entenderán efectuadas a la "incapacidad permanente"», cuestión esta por la que resulta preciso proceder a la adecuación de la terminología utilizada en el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

La concurrencia entre la prestación económica por incapacidad permanente y la prestación por desempleo, se encuentra sometida en principio al artículo 221.2, que establece la regla general sobre incompatibilidad, si bien el reglamento en su artículo 16 analiza la situación.

No resulta ocioso señalar en este punto que el mencionado artículo de la LGSS, estableciendo la incompatibilidad entre pensión o prestación de carácter económica de la Seguridad Social con la prestación por desempleo, exceptiona de tal régimen el supuesto en que hubiera sido compatible con el trabajo que originó la prestación por desempleo. A mi juicio, tal excepción debe interpretarse de acuerdo con la lógica interna del sistema, esto es, en su sentido más amplio. Ello supone interpretar que la compatibilidad existe cuando la pensión o prestación económica resultara legalmente compatible con las rentas del trabajo generadas por la relación laboral cuya pérdida origina el desempleo, es decir, que aquella hubiera podido ser compatible con el trabajo que originó la prestación por desempleo, aunque *de facto* no lo hubiera sido.

Por su parte, el artículo 16 del Real Decreto 625/1985, que desarrolla la cuestión diferenciando diversas situaciones de concurrencia, ha sido criticado por la doctrina, que incluso ha llegado a plantearse su posible legalidad (20) (21), fundándose en la contradicción de sus apartados b) y c), que en cierta forma vulneran el artículo 222.2 LGSS -porque en el supuesto que regula de compatibilidad la pensión es incompatible con el trabajo que realizaba, si bien es compatible con un nuevo trabajo que origina prestación por desempleo-; y que desde otra perspectiva, entremezcla los supuestos de extinción y de incompatibilidad, porque no diferencia en qué orden se producen las situaciones de invalidez y desempleo.

La Ley 24/1997, de 15 de julio, introduce importantes novedades en el régimen jurídico de la incapacidad permanente. El artículo 137 del Real Decreto Legislativo 1/1994, que contenía la definición de los diversos grados de incapacidad se ha visto modificado íntegramente.

Tras la reforma, y en virtud de lo previsto en el apartado 2 del citado artículo: «La calificación de la incapacidad permanente en sus distintos grados se determinará en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo que reglamentariamente se establezca», señalando su apartado 3 que «la lista de enfermedades, la valoración de las mismas, a efectos de la reducción de la capacidad de trabajo, y la determinación de los distintos grados de incapacidad, así como el régimen de incompatibilidades de los mismos, serán objeto de desarrollo reglamentario por el Gobierno».

No obstante, y para evitar la situación de vacío legal que hubiera producido la aplicación inmediata de este precepto, se incluye en la LGSS una disposición transitoria quinta *bis* que prevé que lo dispuesto en el artículo 137 únicamente será de aplicación a partir de la fecha en que entren en vigor las mencionadas disposiciones reglamentarias, y entre tanto se seguirá aplicando la legislación anterior. Por todo lo expuesto anteriormente, se tratarán a continuación los diversos grados de invalidez conforme al régimen jurídico previsto en el Texto Refundido de la LGSS aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994.

(20) M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA en «Instituciones de Seguridad Social».

(21) Ilegalidad que no fue apreciada por STS, Sala 3.ª, 26-3-1990, al entender que se trata de un problema interpretativo, pero añadiendo, «sin perjuicio de que en ellos pudiera plantearse alguna posible inconstitucionalidad legal».

3.1. Desempleo e incapacidad permanente parcial.

La incapacidad permanente parcial para la profesión habitual es aquella situación que sin alcanzar el grado de total ocasiona al trabajador una disminución no inferior al 33 por 100 en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma, teniendo la consideración de profesión habitual, en caso de accidente sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo y en el supuesto de enfermedad común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante determinado período de tiempo anterior a tal situación.

La invalidez permanente parcial no es causa de extinción del contrato de trabajo, de conformidad con lo dispuesto en el ET en sus artículos 48.2 y 49.1 e) *a sensu contrario*, siendo reiterada la jurisprudencia al respecto (22).

Coherentemente con ello, el trabajador ha de solicitar su vuelta al trabajo inmediatamente después de obtener el alta por curación sin declaración de invalidez permanente en otro grado, debiendo reanudarse el contrato y constituyendo la negativa de la empresa a la readmisión técnicamente un despido improcedente, teniendo igual calificación la que pretendiera fundarse directamente en la incapacidad, mientras que por el contrario un retraso en la vuelta al trabajo constituiría un abandono por parte del trabajador.

Es por ello que es el único grado de incapacidad que no conlleva el pago de una pensión, sino que el beneficiario percibirá una cantidad a tanto alzado, consistente en 24 mensualidades de la base reguladora que hubiera servido de base para calcular la prestación económica por incapacidad temporal.

Es compatible la percepción de la prestación económica con el trabajo por cuenta ajena y resultando por tanto compatible -en virtud de la aplicación del art. 221.2 LGSS-, con la prestación por desempleo, y ello con independencia de la sucesión cronológica de las mismas. Esto es, si el trabajador pierde su empleo una vez percibida la cantidad a tanto alzado y reconocida la situación de invalidez permanente parcial, percibirá la prestación por desempleo si reúne los requisitos para ello, y si por el contrario el trabajador es declarado en situación de invalidez permanente parcial durante la percepción de la prestación por desempleo, percibirá la indemnización correspondiente porque la misma hubiera sido compatible con la prestación del trabajo por cuenta ajena.

(22) STS 8-6-1976; SCT 13-1-1976, 28-5-1976 y 19-6-1976; 10-1-1978; 16-5-1980, 10-5-1980; SCT 19-5-1981, 2-2-1982, 28-12-1982, 2-5-1984...

3.2. Incapacidad permanente total y desempleo.

La invalidez permanente total para la profesión habitual aparece definida como aquella situación que inhabilita al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta. Como se deriva de su concepto, puede ser causa de extinción del contrato de trabajo, y como tal aparece en el artículo 49.1 e) ET, consistiendo la prestación económica en una pensión vitalicia, que excepcionalmente puede ser sustituida por una indemnización a tanto alzado en determinados supuestos.

El examen del régimen jurídico de la compatibilidad e incompatibilidad de la prestación por desempleo y la pensión de invalidez permanente total es una cuestión sumamente compleja que hace preciso un análisis detallado de la misma, diferenciando tres diversos supuestos que pueden plantearse y que aborda el Real Decreto 625/1985, en su artículo 16.

1. Como punto de partida debe señalarse que la normativa reguladora de la invalidez confiere a la situación de desempleo involuntario total y subsidiado la consideración de situación asimilada al alta. En consecuencia, cuando el titular de la prestación por desempleo pase a ser pensionista de invalidez, podrá optar entre seguir percibiendo la prestación por desempleo hasta la finalización del período máximo que tuviera reconocido y posteriormente percibir la pensión de invalidez, o bien percibir desde su declaración la pensión correspondiente a la invalidez.

El reglamento en este precepto configura como derecho de opción lo que realmente es una causa de extinción de la prestación por desempleo, y como tal aparece recogida en el artículo 213.1 f) LGSS con el siguiente tenor: «El derecho a la percepción de la prestación por desempleo se extinguirá al pasar a ser pensionista de invalidez permanente en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, incapacidad permanente absoluta para todo trabajo o gran invalidez. En estos casos de invalidez, no obstante, el beneficiario podrá optar por la prestación más favorable».

2. Cuando el trabajador pierda su trabajo por consecuencia de haber sido declarado en situación de invalidez permanente total, podrá optar, si reúne los requisitos para ello, entre percibir la prestación por desempleo hasta su agotamiento, momento en el cual pasará a percibir la pensión de invalidez o percibir la pensión de invalidez desde un primer momento. Prevé el reglamento en su apartado 3 que se entenderá que el trabajador ha optado por la pensión de invalidez cuando la haya sustituido por la indemnización a tanto alzado, constituyendo, a mi juicio, esta última prescripción, más que una presunción, una regla de coherencia con el resto del sistema, dado que la indemnización sustituye la pensión de invalidez, existiendo lógica incompatibilidad entre ambas.

Cuestión destacable es que la declaración de incapacidad permanente total no extingue *per se* el contrato de trabajo, sino que es preciso una declaración expresa de extinción del empresario, debiendo exigirse la denuncia del contrato (23) y en coherencia con ello, si bien la LGSS en su artículo 208, al regular la situación legal de desempleo, no contempla la extinción de la relación laboral por la declaración de invalidez, el reglamento en su artículo 1.1 1) se refiere a tal situación legal de desempleo: «La situación legal de desempleo se acreditará por comunicación del empresario extinguiendo el contrato de trabajo cuando el trabajador haya sido declarado incapaz permanente total para su profesión habitual. En caso de desaparición de la empresa, bastará la resolución de la entidad gestora de la Seguridad Social reconociendo tal incapacidad».

En los dos supuestos expuestos se otorga al beneficiario un derecho de opción, existiendo en tales situaciones, por tanto, incompatibilidad entre la percepción de la prestación por desempleo y la pensión de invalidez. Tal incompatibilidad se produce en el supuesto de que coincidan en el tiempo, sin perjuicio, -y es por ello que existe el derecho de opción-, de que se perciba una con posterioridad a la otra. La imposibilidad de concurrencia se fundamenta en el propio artículo 221.2 LGSS al establecer con carácter general, la incompatibilidad entre pensión y prestación por desempleo, salvo que ésta hubiera sido compatible con el trabajo desarrollado por cuenta ajena que da lugar a la prestación por desempleo.

En los dos casos expuestos la incompatibilidad es absoluta: si el beneficiario de la prestación por desempleo es declarado en situación de incapacidad permanente total, la percepción de la pensión por invalidez hubiera sido incompatible con el trabajo por cuenta ajena que dio lugar a la prestación por desempleo y que se consideraba «su profesión habitual»; es decir, la pensión por invalidez pudiera haber sido compatible con otro trabajo en la misma o en distinta empresa, pero no con aquel cuya extinción o suspensión produjo la situación legal de desempleo.

Si el contrato de trabajo se extingue precisamente a consecuencia de la declaración de invalidez, la consecuencia de la incompatibilidad parece más lógica, ya que ésta se produce precisamente porque el beneficiario se encontraría en situación legal de desempleo por haber sido declarado inválido. Sucediendo en ambos casos que la pensión de invalidez podía haber sido compatible con otro trabajo, pero no con aquel que dio lugar a la situación legal de desempleo.

Como destaca acertadamente ALONSO OLEA en su obra «Instituciones de la Seguridad Social», en ambos supuestos prima la opción por la prestación más elevada, sin tener en cuenta que uno de los elementos definitorios del desempleo es la capacidad para trabajar referida a una determinada profesión.

(23) Al respecto, *vide* SCT 20-5-1981, 2-2-1982, 30-3-1982 y 10-5-1982 y STS 5-6-1985, si bien como ha señalado la SCT 16-11-1983, si la invalidez existía al tiempo de contratar, no se puede resolver exclusivamente por esta causa.

El requisito de la capacidad aparece recogido en la definición legal de desempleo, artículo 203.1 LGSS «la situación en que se encuentran quienes pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean reducida su jornada ordinaria de trabajo...», y ocurriendo que aun establecida la incompatibilidad legal entre pensión y prestación por desempleo, si el trabajador opta por esta última la pensión pasará a percibirse en un momento posterior, no puede menos que llamarse la atención acerca de esta situación en base a que la prestación por desempleo deriva de la extinción del contrato por incapacidad para el propio trabajo que la origina, esto es, aquel que constituía su profesión habitual, de lo que cabe deducir que si durante la percepción de la prestación por desempleo -al estar inscrito éste ningún caso podría encuadrarse en la categoría de su profesión habitual, ya que debería rechazarlo, incurriendo en la infracción grave tipificada en el artículo 30.2.1 de la Ley 8/1988, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social: «Rechazar una oferta de empleo adecuada, ya sea ofrecida por el INEM, o por las agencias de colocación sin fines lucrativos», recogiendo el artículo 213.2 LGSS el concepto de empleo adecuado en los siguientes términos: «... se entenderá por colocación adecuada aquella que se corresponda con la profesión habitual del trabajador... En todo caso se entenderá por colocación adecuada la coincidente con la última actividad laboral desempeñada».

Como se aprecia, ello constituye un importante problema interpretativo al que intentó dar solución *a sensu contrario*, la Circular de la Dirección General del INEM de 3 de enero de 1994, de aplicación de la Ley 22/1993, que entró en vigor el 1 de enero de 1994, cuya Instrucción 3.^a señala que «conforme a la reiterada jurisprudencia no se considera justificado el rechazo o la negativa a participar, cuando se aleguen como causas entre otras las siguientes: enfermedad, embarazo, maternidad o lesión física que no quede acreditada con el parte de baja de incapacidad temporal o declaración de invalidez suficiente de la Seguridad Social».

En otro orden de cosas conviene destacar en este punto un supuesto distinto de los anteriores previsto en el artículo 48.2 ET: «En el supuesto de incapacidad temporal, producida la extinción de esta situación con declaración de invalidez permanente en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez, cuando, a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva de puesto de trabajo, durante un período de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declara la invalidez permanente». El artículo 7 del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, contempla la situación, señalando que «La subsistencia de la suspensión de la relación laboral, con reserva de puesto de trabajo,...., sólo procederá cuando en la correspondiente resolución inicial de reconocimiento de invalidez, a tenor de lo previsto en el párrafo primero del apartado 2 del artículo 143 LGSS, se haga constar un plazo para poder instar la revisión por posible mejoría del estado invalidante del interesado, igual o inferior a dos años». Este supuesto debe diferenciarse tanto de la protección por desempleo en su nivel asistencial al que puede tener derecho el inválido en el supuesto de revisión, ya que no tiene derecho a reserva de puesto de trabajo como de los anteriormente citados.

Ello es así porque en el supuesto que nos ocupa se reconoció la invalidez permanente y el beneficiario venía cobrando la pensión, si bien al producirse la revisión por mejoría debe ser readmitido a su puesto de trabajo, porque la relación laboral no se había extinguido, sino que meramente quedó en suspenso, y coherentemente con el espíritu de la ley, si el trabajador no es readmitido se encontraría en situación legal de desempleo, de igual forma que ocurre cuando el trabajador no es readmitido tras la excedencia forzosa por razón de cargo público o sindical.

Como puede apreciarse, en este supuesto no se produce una concurrencia en el tiempo de ambas prestaciones, sino que el trabajador al que se reconoció una invalidez permanente con reserva de puesto de trabajo ve extinguida la situación de invalidez por revisión de la misma y no siendo readmitido en su puesto de trabajo es considerado en situación legal de desempleo.

3. El tercero de los supuestos del artículo 16 del reglamento prevé la posible compatibilidad entre la invalidez permanente total y la prestación por desempleo. Para analizar este supuesto debemos partir del estudio de la compatibilidad entre la invalidez permanente total y la prestación por desempleo. Para analizar este supuesto debe partirse del estudio de la compatibilidad entre la pensión por invalidez permanente total y trabajo por cuenta ajena. Esto es, el artículo 141.1 LGSS establece la compatibilidad entre la pensión vitalicia correspondiente a la invalidez permanente total y el salario que pueda percibir el trabajador en la misma o en distinta empresa. Si el trabajador inválido permanente total pierde o se le suspende su trabajo compatible con su situación de pensionista por invalidez, tendrá derecho a percibir la prestación o subsidio por desempleo que le corresponda además de la pensión de invalidez, debiendo interpretarse, de acuerdo con la lógica interna del sistema recogida en el artículo 221.2 LGSS que el trabajo que realizaba el beneficiario era compatible con la pensión de incapacidad permanente total (24).

Al trabajador que perciba pensión de incapacidad permanente total y que hubiera realizado un trabajo compatible con tal situación, si solicita la prestación por desempleo al encontrarse en situación legal de desempleo derivada del trabajo ejecutado, únicamente le serán computadas para el reconocimiento de la prestación por desempleo, las cotizaciones correspondientes al mismo, sin considerar los días cotizados durante el trabajo en el que fueron declarados en situación de incapacidad. De interpretarse en otro sentido, según la jurisprudencia, sería burlar el espíritu de las normas reguladoras del supuesto. Ello es así porque «...la incapacidad total inhabilita al trabajador para la realización de su profesión habitual, resulta indudable que el querer trabajar sería imposible jurídicamente, en la antigua ocupación, y por ende, que las cotizaciones realizadas anteriormente a la invalidez pierden toda su virtualidad de ser tenidas en cuenta en el desempleo causado tras el nuevo trabajo» (25).

(24) *Vid.* como supuesto de compatibilidad, SCT 21-10-1986 (A. 9957).

(25) STS, Sala 4.^a, 19-2-1996, y en idéntico sentido STS 31-1-1995 y SCT 3 y 25-6-1986 (A. 4010 y 4999). Pudiendo concluir que las cotizaciones anteriores a la incapacidad permanente total se pierden para el desempleo de un trabajo posterior, sin necesidad de ejercitar opciones, TSJ-Cataluña 13-6-1993 (A. 3563), 11-10-1993 (A. 4527), entre otras, en contra TSJ-País Vasco 6-5-1993 (A. 2193).

El rasgo esencial que distingue este supuesto de los anteriormente descritos es que el trabajador por cuenta ajena que origina la prestación por desempleo no es aquel que produjo la incapacidad permanente y por tanto no cabe considerarlo como su profesión habitual a efectos de la incapacidad, de lo que cabe deducir que el elemento de la capacidad a efectos del desempleo concurre en la situación del trabajador, si bien tal capacidad se produce respecto a un trabajo distinto del que dio lugar a la incapacidad permanente total.

3.3. Incapacidad permanente total cualificada.

El artículo 139.2 LGSS en su segundo párrafo, reserva tal situación para los inválidos permanentes totales cuando por su edad -que tengan cumplidos 55 años-, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, se presume la dificultad de obtener empleo en actividad distinta a la habitual anterior, en cuyo caso el porcentaje del 55 por 100 aplicable a la base reguladora de la pensión se incrementará en un 20 por 100.

El incremento porcentual se basa en la dificultad especial para encontrar empleo, y siendo aplicable a esta situación los supuestos de opción e incompatibilidad previstos para la invalidez permanente total «ordinaria», no resulta aplicable el supuesto de compatibilidad allí descrito, teniendo ambos la misma naturaleza protectora, dado que la percepción del complemento del 20 por 100 se fundamenta precisamente en la dificultad de encontrar empleo y es incompatible por tanto con la realización de cualquier trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia, en cuyo caso la invalidez permanente total perdería la consideración de cualificada, precisamente por la aplicación de la regla general sobre incompatibilidad prevista en el artículo 221.2 LGSS (26).

3.4. Incapacidad permanente absoluta y gran invalidez.

La incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, aparece definida en el artículo 137.5 LGSS, como aquella situación que inhabilite al trabajador por completo para toda profesión u oficio; definiéndose la gran invalidez como la situación del trabajador afectado por incapacidad permanente y que por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales necesita la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de su vida.

En base a que dichas situaciones originan la extinción del contrato de trabajo -art. 49.1 e) ET-, si se encontrasen trabajando o la extinción de la prestación por desempleo, si se percibiera ésta, y como tal aparece reconocida en el artículo 213.1 f) LGSS el derecho de opción en ambos supuestos en los términos contemplados para la incapacidad permanente total, si bien deben realizarse algunas apreciaciones.

(26) Criterio este mantenido de forma constante y reiterada por la jurisprudencia. Al respecto *vide* SCT 23-2-1980 (A. 1047), 8-3-1980 (A. 1429), 10-3-1980 (A. 2698), 11-10-1980 (A. 4955), 28-10-1980 (A. 5390) y 16-9-1981, aunque no lo entiende así TSJ-Andalucía 14-12-1993 (A. 5459), con una errónea interpretación de la doctrina que cita.

El artículo 16 del Real Decreto 625/1985, al referirse a los diversos supuestos de compatibilidad entre incapacidad y desempleo, adolece de algunos defectos en cuanto a las situaciones de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez.

De este modo y conforme al mismo esquema seguido en materia de incapacidad permanente total, cabe distinguir tres diversos supuestos de concurrencia entre incapacidad permanente absoluta o gran invalidez y prestaciones por desempleo.

1. Cuando el trabajador esté percibiendo la prestación por desempleo y pase a ser pensionista de invalidez -sin distinguir el reglamento entre los diversos grados de ésta-, podrá optar entre seguir percibiendo la prestación por desempleo hasta su agotamiento o bien percibir directamente la pensión de invalidez, siendo de aplicación lo indicado en sede de invalidez permanente total para este supuesto.

2. El artículo 16.2 se refiere exclusivamente a la pensión de incapacidad permanente total. Al respecto cabe señalar que se trata de un olvido del reglamento y debe extenderse en su aplicación al caso que nos ocupa. Así, cuando el trabajador pierda su trabajo como consecuencia de haber sido declarado en situación de invalidez permanente absoluta o gran invalidez, podría optar entre percibir la prestación por desempleo hasta su agotamiento o la pensión de invalidez.

Como puede apreciarse, en ambos supuestos, la pensión de invalidez es incompatible con el trabajo que origina la prestación por desempleo, y por ende, con las prestaciones por desempleo derivadas del mismo.

3. Si bien invalidez permanente absoluta y gran invalidez se caracterizan porque inhabilitan al trabajador para toda profesión u oficio, es compatible con determinado tipo de trabajos, y así se ha interpretado por la jurisprudencia (27) y la Tesorería General de la Seguridad Social: el artículo 141.2 LGSS, contempla tal posibilidad, siempre que las actividades, sean o no lucrativas, sean compatibles con el estado del inválido y no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión, y en tal sentido es destacable la modificación producida en su interpretación por la jurisprudencia, entendiéndose que todas las personas tienen derecho al trabajo, de conformidad con el artículo 35 de la Constitución, y por lo tanto los declarados en las situaciones aludidas pueden efectuar actividad laboral, y no solamente con carácter marginal como se venía considerando por las Resoluciones de 22 de mayo de 1969 y 23 de febrero de 1981 de la Dirección General de la Seguridad Social. En consecuencia, un inválido permanente absoluto o gran inválido puede trabajar, sin perjuicio de que deba comunicarlo al INSS a los efectos de la posible revisión de su estado, existiendo obligación de comunicar el alta y cotizar, y en tal sentido se ha pronunciado la Tesorería General de la Seguridad Social en Resolución de 2 de noviembre de 1992.

(27) A partir de la STS 6-10-1987.

El Real Decreto 625/1985, en su artículo 16.4, al tratar la compatibilidad, exclusivamente se refiere a los supuestos de invalidez permanente total, de lo que podría deducirse la imposibilidad de compatibilizar la prestación por desempleo, originada por la pérdida de un trabajo compatible con la situación de invalidez permanente absoluta, con la percepción de la pensión.

La situación no deja de ser anómala, debido a que las cotizaciones correspondientes al trabajo compatible, no originan prestaciones por desempleo. La única interpretación de la situación conforme a Derecho sería que, en virtud de la lógica interna del sistema, el trabajador no se encuentra en situación legal de desempleo por no concurrir el elemento de la capacidad, y ello fundamentado en que el inválido permanente absoluto y el gran inválido se encuentran incapacitados para toda profesión u oficio (28).

4. Prestación por desempleo y jubilación.

La prestación por jubilación se regula en el Capítulo VII, del Título II de la LGSS, consistiendo la misma en el reconocimiento de una pensión vitalicia cuando el beneficiario haya cumplido 65 años y tenga cubierto el período mínimo de cotización exigido, siendo la pensión de jubilación incompatible con el trabajo del pensionista, con las salvedades y en los términos que reglamentariamente se determinen -art. 165.1 LGSS-. El artículo 16 de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1967 puntualiza que la incompatibilidad afecta tanto al trabajo por cuenta ajena como por cuenta propia, siempre que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación de cualquier Régimen de la Seguridad Social. Por su parte, el número 2 del artículo 165 LGSS, establece idéntica incompatibilidad con el ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad retribuida en cualesquiera Administraciones Públicas y organismos constitucionales, criterio mantenido por la Ley 53/1984, de incompatibilidad del personal al servicio de las Administraciones Públicas en su artículo 3.2.

El estudio de la incompatibilidad entre la prestación por desempleo y la pensión de jubilación es una cuestión compleja, en base a que se establece por la ley la incompatibilidad no sólo cuando pudieran ser simultáneas ambas prestaciones, sino aun en el supuesto de que su percepción fuera sucesiva, razón por la que deben diferenciarse en su análisis diversos supuestos:

(28) La incompatibilidad con la pensión por incapacidad permanente absoluta se mantiene a pesar de haber obtenido el inválido autorización de los servicios médicos para desarrollar trabajos marginales, y tras el cese en éstos pretende las prestaciones por desempleo, SCT 22-3-1983 (A. 2313).

El supuesto de incapacidad permanente total-trabajo-desempleo no es igual que incapacidad permanente total (por revisión de incapacidad permanente absoluta)-desempleo, SCT 23-9-1986 (A. 8311), lo que refleja lo anómalo de la regulación, como se dice en el texto. De forma poco razonable, TSJ-Cataluña 20-7-1993 (A. 3583), entiende que es compatible la pensión de incapacidad permanente absoluta con trabajo-cotización-desempleo, advirtiendo, incluso, de la ilegalidad del artículo 16.4 del Real Decreto 625/1985, que sólo se refiere al tratar la compatibilidad al supuesto de incapacidad permanente total-trabajo-desempleo.

A) Cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación.

El cumplimiento por el trabajador por cuenta ajena de la edad ordinaria de jubilación debe ser objeto de estudio como causa de inaccesibilidad de las prestaciones por desempleo en virtud de lo dispuesto en el apartado d) del artículo 207 LGSS, que entre los requisitos para el nacimiento del derecho establece: «No haber cumplido la edad ordinaria que se exija en cada caso para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación, salvo que el trabajador no tuviera acreditado el período de cotización requerido para ello, o se trate de supuestos de suspensión de relaciones laborales o reducción de jornada autorizados por resolución administrativa»; y como causa de extinción de la misma en el apartado e) del artículo 213.1 en los siguientes términos: «Cumplimiento por parte del titular del derecho de la edad ordinaria de jubilación, con las salvedades establecidas en el artículo 207 d)».

Su establecimiento como causa que imposibilita el acceso a la prestación por desempleo responde, a mi juicio, por una parte al principio de unidad que preside el sistema de Seguridad Social, en virtud del cual se establece tácitamente la imposibilidad de que una persona como regla general pudiera ser a la vez causante de diversas prestaciones económicas -principio que quiebra en el supuesto de invalidez, pero no así en las prestaciones por muerte y supervivencia, en las que el causante no coincide en la misma persona que el beneficiario-, y por otra como recogía la propia Exposición de Motivos de la Ley 31/1984, en que «... la aparición explosiva del fenómeno del desempleo ha minado los mecanismos de financiación de estos sistemas de protección al desempleo, al conjugarse el crecimiento acelerado de las necesidades financieras con la aparición de graves dificultades para allegar los recursos necesarios, como consecuencia también del escaso crecimiento económico y de los desequilibrios financieros que acompañan a la crisis», o como tiene reconocido la jurisprudencia, «atendiendo a la actual crisis de empleo y a la limitación de recursos con que atender a la prestación por desempleo, es lógico que quien pueda ver satisfecha su necesidad... no tenga acceso a la protección por desempleo...» (29).

De una primera lectura del precepto cabría deducir que la imposibilidad de acceder al nacimiento del derecho al desempleo impone tácitamente la obligación de abandonar el mercado de trabajo, lo cual sería contrario a la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Constitucional, en Sentencia de 2 de julio de 1981, que declaró inconstitucional la disposición adicional quinta del Estatuto de los Trabajadores aprobado por la Ley 8/1980, que constituye el antecedente inmediato del vigente Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, en cuanto que establecía para los trabajadores coactivamente la imposibilidad para trabajar a partir de los 69 años.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que en el supuesto que nos ocupa, al trabajador no se le impone en modo alguno la renuncia a su puesto de trabajo, sino que por el contrario su relación laboral se había extinguido previamente, aplicándose el precepto legal cuando se produjera «el

(29) SCT 28-1-1987 (A. 1667).

cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación», teniendo la consideración de edad ordinaria, según tenía interpretado la jurisprudencia (30), los 65 años, actualmente prevista en el artículo 161.1 a) LGSS, sin perjuicio de que la mencionada edad mínima según establece el apartado 2 del citado artículo pueda ser rebajada por Real Decreto, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, para aquellos grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, siempre que los trabajadores afectados acrediten, en la respectiva profesión o trabajo el mínimo de actividad que se establezca, o bien en virtud de lo dispuesto en Convenio Colectivo, como ya tenía reconocido la jurisprudencia (31) y en el ordenamiento jurídico vigente lo hace la disposición adicional décima del vigente ET con el siguiente tenor literal «En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos». Refiriéndose en todo caso la ley a la jubilación obligatoria y no anticipada o voluntaria a la que el trabajador pudiera tener derecho.

El análisis de lo anteriormente expuesto nos lleva a concluir que la prestación por desempleo es incompatible no sólo con la pensión de jubilación, sino con el cumplimiento de la edad ordinaria prevista para acceder a la misma. Sin perjuicio de la regla general descrita, existen dos excepciones que prevén la compatibilidad entre ambas situaciones y por tanto el acceso a la prestación por desempleo.

1. Cuando el trabajador no tuviera acreditado el período mínimo de cotización requerido para causar derecho a la pensión de jubilación:

En este supuesto el beneficiario de la prestación por desempleo, por el tiempo en que se encuentre disfrutando de ésta, acreditará cotizaciones que serían acumuladas a los períodos cotizados a lo largo de su vida laboral, facilitándole así el posterior acceso a la pensión de jubilación en su nivel contributivo. La interpretación debe realizarse conforme al espíritu de la ley, lo que nos lleva a concluir que la prestación por desempleo sería disfrutada hasta el momento en que se acreditaran cotizaciones suficientes para acceder a la pensión de jubilación, ocurriendo que en tal caso se produce *stricto sensu* la extinción de la prestación por desempleo no por el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación -que habría sucedido con anterioridad-, sino por el cumplimiento del período de ocupación cotizada. *A sensu contrario*, «el trabajador que cumplida la edad de jubilación y con cotización suficiente pierde el trabajo por causa a él no imputable, no tendrá derecho a la protección por desempleo» (32).

(30) SCT 28-1-1987 (A. 1667).

(31) Sobre la posibilidad de establecer determinada edad como obligatoria de jubilación en el Convenio Colectivo, *vide*, STC 2-7-1981, STS 4-7-1983 (A. 3709) y 5-3-1984 (A. 1519). La posibilidad del establecimiento de determinada edad de jubilación en Convenio Colectivo ha sido admitida por la STC 30-4-1985 «...en la medida en que no se establezca sin compensaciones para el afectado, que pasa a percibir la pensión de jubilación...».

(32) SCT 5-2-1983 (A. 924). En el mismo sentido, SCT 26-5-1986 (A. 3812).

2. Cuando el trabajador se encuentre en situación de suspensión o reducción de jornada, que no extingue la relación laboral y por tanto no podría imponerse al trabajador coactivamente la pensión de jubilación, ya que ello implicaría la extinción del contrato de trabajo.

B) Extinción de la prestación por desempleo por cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación.

Como se ha puesto de manifiesto anteriormente, la edad ordinaria de jubilación opera en esta su segunda modalidad de actuación como causa de extinción de la prestación por desempleo, siendo aplicable a este supuesto lo desarrollado en los párrafos precedentes en cuanto a la interpretación del término legal «edad ordinaria» y a las excepciones previstas, remitiéndose en este punto la LGSS en su artículo 213.1 e), a lo señalado en el artículo 207 d), pudiendo aducirse las mismas razones esgrimidas con anterioridad.

No resulta ocioso señalar en este punto que la Ley 31/1984, cuyo texto ha pasado íntegramente al artículo 207 LGSS, mejoró notablemente la redacción contenida en la Ley Básica de Empleo, que se refería a «la edad mínima general».

La aplicación de esta causa de extinción conlleva que el beneficiario de la prestación por desempleo que accedió a ella por haber cumplido los requisitos para el nacimiento del derecho y haberse encontrado en situación legal de desempleo, cuando durante el período de disfrute de ésta cumpla la edad ordinaria de jubilación, -reuniendo los requisitos de cotización exigidos y no se tratara de desempleo parcial o desempleo total por suspensión-, verá extinguida la misma pasando en ese momento a ser pensionista de jubilación, y coherentemente con ello las cotizaciones correspondientes a su período de disfrute pasarán a integrar la base reguladora de la misma, computándose como período cotizado.

Al establecer como límite la edad ordinaria de jubilación veda claramente la posibilidad de entender como causa de extinción de la prestación el cumplimiento de la edad en que el desempleado pudiera acceder a la jubilación anticipada. Posibilidad que, pese a la insatisfactoria dicción de la Ley Básica de Empleo, la jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo ya entendió excluida durante la vigencia de la normativa anterior (33). Ello no es óbice para que la prestación por desempleo pueda también extinguirse cuando su titular acceda a la jubilación anticipada, pero éste es un supuesto distinto.

C) Extinción de la prestación por desempleo por pasar a ser pensionista de jubilación.

El artículo 213.1 f) LGSS la recoge entre las causas de extinción de la prestación por desempleo, estableciéndose desde otra perspectiva la incompatibilidad absoluta entre la prestación por desempleo y la pensión de jubilación. La diferencia entre la causa de extinción derivada del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, -que descansa en el cumplimiento por el titular de la edad

(33) *Vid.* SCT 25-3-1983 (A. 2517).

que le permita el acceso a la jubilación «obligatoria», o por razón de edad-, es que en el supuesto que nos ocupa se trata del cumplimiento por parte del perceptor de las prestaciones por desempleo de la edad que le permite acceder a la jubilación voluntaria o anticipada, y es por ello que el mero hecho de cumplir la citada edad no es causa suficiente de extinción, sino que por el contrario se trata de pasar a ser pensionista *motu proprio*, cuando bien hubiera podido permanecer en situación de desempleo hasta la extinción de dicha prestación, operando en virtud de la ley un derecho de opción para el beneficiario, que no se encuentra obligado a solicitar la baja de las prestaciones por desempleo aun cuando reuniera los requisitos para ser perceptor de la pensión de jubilación anticipada.

No obstante lo anterior, cabe señalar que el pensionista de jubilación puede reincorporarse al mercado laboral, quedando en tal caso en suspenso el derecho a la pensión de jubilación, estando obligado el empresario que le ocupe a solicitar su alta e ingresar la totalidad de las cotizaciones, las cuales surtirán efectos para mejorar la pensión anteriormente reconocida mediante el incremento del porcentaje aplicable a la base reguladora, si bien ésta no experimentará cambio alguno respecto a la que sirvió para el cálculo de la pensión inicial. A la luz de las normas reguladoras del desempleo, debe interpretarse que las referidas cotizaciones no podrían dar lugar al nacimiento de la prestación por desempleo, sino que el cese en el trabajo conllevaría el restablecimiento de la pensión que hasta entonces se encontraba suspendida.

Cuestión destacada por otra parte, es que siendo el desempleo involuntario, total y subsidiado y el paro involuntario que subsista tras haber agotado las prestaciones por desempleo cuando el trabajador tiene cumplidos 55 años y no hubiera podido acceder al subsidio para mayores de 52 años, se venía exigiendo un período de carencia específica de dos años dentro de los últimos ocho para acceder a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva, se establecieron como normas correctoras, por la Resolución de 21 de julio de 1988 de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social, que los trabajadores que se encuentren en situación asimilada al alta por paro involuntario tras haber agotado las prestaciones por desempleo que «la exigencia del período de carencia específica de dos años, deberá retrotraerse a los ocho años inmediatamente anteriores a la fecha de la situación de paro involuntario». Por otra parte el Tribunal Supremo (34) ha exigido además que el trabajador esté inscrito en la oficina de empleo de forma ininterrumpida, requisito este no considerado en otras ocasiones. En esta sede cabe indicar que la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, dota de nueva redacción al artículo 161.1 b) LGSS del siguiente tenor literal: «Tener cubierto un período mínimo de cotización de 15 años, de los cuales al menos dos deberán estar comprendidos dentro de los 15 años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho. En los supuestos en que se acceda a la pensión de jubilación desde una situación de alta o asimilada al alta, sin obligación de cotizar, el período de los dos años (...) deberá estar comprendido dentro de los 15 años anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar», con lo que se pone fin a la controvertida situación anterior, a la vez que se modifica el período de carencia específica de dos años en los últimos ocho.

(34) STS para unificación de doctrina de 29-5-1992 y 17-11-1992.

El artículo 15 del reglamento autoriza expresamente en su apartado 1 la compatibilidad entre la prestación por desempleo y la pensión de jubilación parcial. Cuestión esta a la que se refiere el artículo 166 LGSS, señalando su número 2 que «el disfrute de la pensión de jubilación parcial será compatible con un puesto de trabajo a tiempo parcial, hasta el cumplimiento de la edad establecida con carácter general para causar derecho a la pensión de jubilación», momento este en el que pasaría el trabajador a la situación de jubilación total ordinaria, que en su caso pondría fin al trabajo a tiempo parcial o bien a la prestación por desempleo que deviniera de éste.

La cuestión se desarrolla en el Real Decreto 1991/1984, de 31 de octubre -BOE de 9-11-1984-, en sus artículos 11 a 14. En el mismo se califica como contrato a tiempo parcial el que concierte el trabajador con su empresa, con una reducción de su jornada y salario de un 50 por 100, concertándose simultáneamente un contrato de relevo con un trabajador en situación de desempleo para sustituir la jornada dejada vacante por aquél. En su artículo 13 señala expresamente que la pensión de jubilación parcial será compatible con el trabajo a tiempo parcial en la empresa y, en su caso, con otro trabajo anterior a la situación de jubilación parcial siempre que no se aumente la duración de su jornada, así como con las pensiones y subsidios sustitutorios de las retribuciones que correspondieran a dichos trabajos, salvo determinados supuestos de invalidez. De ello cabe deducir la compatibilidad entre prestación por desempleo y pensión de jubilación parcial si el trabajador pierde aquella parte de la jornada que conservaba.

PENSIÓN DE JUBILACIÓN NO CONTRIBUTIVA

Pudiendo ser reconocida esta pensión para las personas que habiendo cumplido 65 años, residan legalmente en territorio español y lo hubieran hecho durante 10 años entre los 16 y la referida edad, debiendo ser dos consecutivos e inmediatamente anteriores a la solicitud, el artículo 167 LGSS, establece como requisito *sine qua non* que el beneficiario carezca de rentas o ingresos de cualquier naturaleza superiores a la cantidad fijada como importe anual de la prestación. Del examen conjunto de esta norma y del artículo 221 LGSS cabe deducir la incompatibilidad de la prestación por desempleo y la pensión de jubilación en su modalidad no contributiva.

5. Prestaciones por muerte y supervivencia y desempleo.

Las prestaciones por muerte y supervivencia aparecen reguladas en el Capítulo VIII, del Título II de la LGSS. Como requisito genérico para acceder a las mismas se exige que el causante a su fallecimiento se encontrara en alta o en situación asimilada al alta y en el supuesto de tratarse de enfermedad común hubiera acreditado el período de 500 días cotizados en los cinco años anteriores.

Un estudio completo de la cuestión obliga a tratar no sólo la compatibilidad entre prestación por desempleo y prestaciones económicas por muerte y supervivencia, sino que debe alcanzar la referencia a la situación del fallecimiento del causante que se encontraba en situación de desempleo.

Al respecto cabe señalar que la Orden de 13 de febrero de 1967, en su artículo 2.4, considera como situación asimilada al alta para la pensión de viudedad, en su apartado d), el desempleo involuntario, total y subsidiado, y en su apartado e) el paro involuntario que subsista después de haberse agotado las prestaciones por desempleo, cuando el trabajador tuviese cumplidos en tal momento los 55 años de edad. La Resolución de 2 de febrero de 1971 de la Dirección General de la Seguridad Social, extendió esta situación de asimilación al alta a los trabajadores excluidos legalmente del régimen de desempleo o sin derecho a las prestaciones del mismo. La Circular 9/88, de 11 de marzo, del INSS, que transcribe la Resolución de 16 de febrero de 1988 de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social, amplía el ámbito de cobertura al establecer que no procede exigir una edad determinada para que las personas que fallezcan encontrándose en la situación de paro involuntario subsiguiente al desempleo puedan causar pensión de viudedad.

Por otra parte, la Resolución de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social de 6 de septiembre de 1990, establece que para el reconocimiento en el Régimen General de las prestaciones de supervivencia, causadas por los trabajadores por cuenta ajena que a la fecha del fallecimiento debido a enfermedad común, se encontrasen en situación asimilada al alta por paro involuntario, sean o no perceptores del subsidio por desempleo y siempre que figuren inscritos en demanda de empleo, la exigencia del período de cotización de 500 días, deberá retrotraerse a los cinco años anteriores a la fecha de inicio de la mencionada situación de paro involuntario. Igual criterio se aplicará cuando en el período comprendido entre la fecha de inicio de la situación de paro involuntario y la del fallecimiento, los causantes acrediten breves períodos de cotización inferiores en su conjunto a los 500 días.

Por lo que respecta a la pensión de viudedad que le correspondiera al cónyuge supérstite, el artículo 179.1 LGSS reconoce la compatibilidad de la pensión de viudedad con la rentas del trabajo y según resulta de la aplicación del artículo 221 LGSS, con la prestación por desempleo, con independencia, en todo caso, de la cuantía de esta última prestación.

En cuanto a la pensión de orfandad, se reconoce del mismo modo la compatibilidad entre la pensión de orfandad y las rentas del trabajo en el número 2 del artículo 179, existiendo por tanto la compatibilidad entre ambas prestaciones, operando del mismo modo que en el supuesto de la pensión de viudedad.

Respecto a la pensión de orfandad, la entrada en vigor de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social modifica en profundidad el régimen jurídico de la pensión de orfandad y su compatibilidad con la prestación por desempleo. Al respecto, cabe señalar que si bien la pensión de orfandad que reciba, conforme a la nueva legislación, el huérfano menor de 18 años no va a sufrir modificación alguna, es decir, seguirá siendo compatible con la prestación por desempleo, se introduce una nueva redacción al artículo 175.2 LGSS en los siguientes términos: «En los casos en que el hijo del causante no efectúe un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, se podrá ser beneficiario de la pensión de orfandad siempre que, al fallecer el causante, sea menor de 21 años de edad, o de 23 años si no sobreviviera ninguno de los padres»; de

ello cabe deducir que conforme al régimen general de la compatibilidad entre pensiones y prestación por desempleo, no sería posible la compatibilidad entre pensión de orfandad de un mayor de 21 o en su caso de 23 años con la prestación por desempleo, y ello en base a que dicha pensión hubiera sido incompatible con las rentas del trabajo.

Por el contrario, las prestaciones por muerte y supervivencia en favor de familiares son incompatibles con las prestaciones por desempleo. La causa de la misma se encuentra al exigirse como requisito esencial para acceder a ellas que los familiares del causante dependieran económicamente de éste y carecieran de medios de subsistencia, -incluida cualesquiera otras pensiones-, y no tuvieran familiares con la obligación de prestarles alimentos de acuerdo con el Código Civil.

6. Prestaciones de protección a la familia y desempleo.

La acción protectora de la Seguridad Social en materia de prestaciones económicas de protección a la familia, comprende únicamente las asignaciones periódicas por hijos a cargo, tal y como dispone la Ley de Medidas Urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social, que entró en vigor el 1 de agosto de 1985. La percepción de la asignación mensual por cada hijo menor de 18 años o incapacitado para el trabajo es compatible con la prestación por desempleo, según se desprende de la interpretación conjunta de los artículos 181 y 221 LGSS.

El artículo 181 contempla como beneficiarios de las mismas a los trabajadores por cuenta ajena, razón esta por la que debe interpretarse la compatibilidad de tales prestaciones con las rentas del trabajo, y por otra parte aparece contemplada la compatibilidad de su percepción con la de pensiones del régimen general o de prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social.

De lo anteriormente expuesto y por aplicación del artículo 221 cabe concluir que si la percepción de las prestaciones de protección a la familia son compatibles con las rentas del trabajo, también lo son con el que origina el desempleo y, como consecuencia, con la prestación por desempleo.

IV. PRESTACIONES POR DESEMPLEO Y DESPLAZAMIENTOS EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

La conservación del derecho a las prestaciones por desempleo y el desplazamiento por parte del titular de la mismas en el ámbito de la Unión Europea es el reflejo del principio de libre circulación de trabajadores recogido en el Tratado de Roma, de 25 de marzo de 1957 y desarrollado por Directivas y Reglamentos comunitarios. La coexistencia de diferentes sistemas de Seguridad Social en el seno de la Unión Europea, implica iniciativas tendentes a la consecución de la coordinación y armonización de

las distintas legislaciones estatales, siendo los principios que informan la Seguridad Social comunitaria los siguientes: principio de igualdad de trato; conservación de derechos adquiridos y en curso de adquisición; principio *pro rata temporis* y principio de colaboración administrativa.

Haciéndose eco de tal situación se emitieron las correspondientes Circulares de aplicación por parte del INSS y del INEM. Tales textos legales recogen previsiones específicas acerca del régimen jurídico de la compatibilidad e incompatibilidad de la prestación por desempleo que no pueden dejar de ser tratados en este estudio.

El Reglamento CEE 1408/1971, -desarrollado por el Reglamento CEE 574/1972-, recoge disposiciones específicas acerca de la materia, siendo sus líneas esenciales las siguientes:

La institución competente de un Estado miembro cuya legislación subordine la adquisición, conservación o recuperación del derecho a las prestaciones, al requisito de haber cubierto determinados períodos de seguro, computará, en la medida necesaria, los períodos de seguro o de empleo cubiertos como trabajadores por cuenta ajena bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro, como si se tratase de períodos de seguro cubiertos bajo la legislación aplicada por ella, aplicándose la misma regla en el supuesto de exigirse la cobertura de períodos de empleo.

En el supuesto de desplazamiento de los desempleados a un Estado miembro distinto del competente, el artículo 69, establece como requisitos los siguientes:

- Haber estado inscrito, con anterioridad a su desplazamiento, como solicitante de empleo y haber permanecido a disposición de los servicios de empleo del Estado competente durante cuatro semanas, como mínimo, contadas a partir del comienzo del paro.
- Haberse inscrito como solicitante de empleo en los servicios correspondientes de cada uno de los Estados miembros a donde se traslade.

El interesado conservará el derecho a las prestaciones durante un período de tres meses, como máximo, contado a partir de la fecha en que haya dejado de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado de procedencia, sin que la duración total de las prestaciones pueda exceder de la duración reconocida en virtud de la legislación de dicho Estado.

No obstante, si el interesado regresa al Estado competente antes de agotar el período durante el cual tiene derecho a las prestaciones, seguirá teniendo derecho a la prestación conforme la legislación de dicho Estado; perdiendo el derecho a las prestaciones que pudieran corresponderle en virtud de la legislación del Estado competente, si no regresa a su territorio antes de que expire tal período.

Las prestaciones serán abonadas por la institución de cada uno de los Estados a los que se traslade el desempleado en busca de empleo, quedando obligada la institución competente a reembolsar el importe de esas prestaciones.

La Circular PR 2/92 del INEM, de 22 de enero de 1992, por la que se adapta la Circular PR 22/86 a la libre circulación de trabajadores, señala que los trabajadores nacionales de los Estados miembros de las Comunidades Europeas, tendrán derecho a la prestación por desempleo de nivel contributivo, si pierden su empleo o ven reducida su jornada de trabajo en España en los términos establecidos para los trabajadores españoles. Por otra parte señala en su Instrucción tercera, que la prestación por desempleo española de nivel contributivo se podrá exportar, para la búsqueda de empleo en los Estados miembros de la CEE por los españoles y por nacionales de los Estados miembros, sin exigir para el reconocimiento de la exportación permiso de trabajo o de residencia en el país de destino.

Por su parte, por la Circular 3/94 del INEM, de 27 de enero de 1994, por la que se aplica el acuerdo sobre el espacio económico europeo, de 2 de mayo de 1992, en materia de empleo y protección por desempleo, reconoce desde el 1 de enero de 1994, la aplicación a los trabajadores del espacio económico europeo de las mismas normas que a los trabajadores nacionales de los Estados miembros de las Comunidades Europeas.

En otro orden de cosas, el Reglamento CEE 1408/1971, recoge en su artículo 25 la forma de articular la incompatibilidad entre prestación por desempleo y subsidio por incapacidad temporal en el ámbito comunitario, siendo sus disposiciones esenciales las que a continuación se expresan.

El trabajador, durante el período en el que conserve el derecho a las prestaciones por desempleo, disfrutará de las prestaciones en especie por incapacidad temporal, que serán servidas por cuenta de la institución competente, por la institución del Estado miembro en el cual busca empleo; y de las prestaciones en metálico, que le serán servidas por la institución competente según las disposiciones de la legislación que aplique. El apartado b) de su artículo 25 señala expresamente la incompatibilidad en los siguientes términos: «Las prestaciones de desempleo previstas en el apartado 1 del artículo 69, no serán otorgadas durante el período de percepción de prestaciones en metálico».

En materia de incapacidad temporal, la Circular 23/86 del INSS, de 25 de junio, dispone en su Instrucción 9 que cuando el trabajador por cuenta ajena, no fronterizo, que residiendo en un Estado miembro distinto del competente mientras ocupaba su último empleo cause paro total, puede acogerse a la legislación del Estado donde resida, en cuyo caso, se le aplicará dicha legislación también en lo concerniente a las prestaciones por enfermedad, o bien solicitar las prestaciones por desempleo del Estado miembro competente, en cuyo caso, las prestaciones por enfermedad correrán a cargo del Estado miembro competente durante un período máximo de tres meses.

También sobre resolución de incidencias trata la Circular PR 22/86, de 22 de junio, sobre armonización de la normativa sobre protección por desempleo en España con lo dispuesto en los Reglamentos CEE 1408/1971 y 574/1972, sobre Seguridad Social de los trabajadores migrantes, del INEM, señalando al respecto en su Instrucción 3.ª que «si la Dirección Provincial del INEM, conoce alguno de los hechos que puedan modificar el derecho a la prestación por desempleo, lo comunicará a la ins-

titudin competente por cuenta de la que se pagan las prestaciones e interrumpirá inmediatamente el abono, si éstas deben ser suspendidas o extinguidas, comunicando tal circunstancia a la Dirección Provincial del INSS, a la espera de la respuesta de la institución competente».

Posteriormente se refiere en esta misma Instrucción al supuesto concreto de la incapacidad temporal, señalando que en tal caso la Dirección Provincial del INSS comunicará a la del INEM, en los tres días siguientes a que se produzca, sus correspondientes fechas de comienzo y fin, sin perjuicio de que el trabajador comunique a su oficina de empleo dicha situación. Coherentemente con ello, mientras subsista la incapacidad temporal, el INEM interrumpirá el abono de las prestaciones por desempleo. Al finalizar el período de percepción de la prestación exportada (tanto el inicialmente concedido, como el de prórroga autorizado por la institución competente), o de producirse una baja anterior por cualquier motivo, la Dirección Provincial del INEM, deberá comunicar a la del INSS, la fecha de la baja, mediante oficio emitido en los tres días siguientes a la misma.

En materia de prestaciones familiares, las normas comunitarias se refieren a ellas en el artículo 72 *bis* del Reglamento CEE 1408/1971, señalando al respecto que el trabajador por cuenta ajena en desempleo total se beneficiará, para los miembros de su familia que residan en el territorio del mismo Estado miembro que él, de prestaciones familiares, de conformidad con las disposiciones de la legislación de dicho Estado, como si hubiere estado sujeto a dicha legislación durante su último empleo. Dichas prestaciones serán abonadas por la institución del lugar de residencia y a cargo de la misma. Igualmente tendrá derecho el trabajador desempleado que disfrute de las prestaciones por desempleo al amparo de la legislación de un Estado miembro, en el supuesto de que los miembros de su familia residan en otro Estado miembro, a las prestaciones familiares previstas por la legislación del primer Estado.

V. OTROS SUPUESTOS

En el supuesto de que el trabajador perciba una indemnización por extinción del contrato de trabajo, según dispone el artículo 15.1 del reglamento, ésta sería compatible con la prestación por desempleo que tenga derecho a percibir el trabajador, sin ningún tipo de deducción y con independencia de la cuantía de la indemnización, -si bien los frutos de la misma son rentas a efectos del subsidio por desempleo-.

Esta compatibilidad es perfectamente lógica desde una perspectiva jurídica y ello es así por tratarse de percepciones económicas perfectamente diferenciadas. El trabajador, en el supuesto de extinción del contrato por despido, si tuviera derecho a percibir indemnización, ésta será abonada por la empresa en la cuantía correspondiente, sin tener la consideración de prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social, y ello con independencia de que reuniera los requisitos para acceder a la prestación por desempleo, que será en su caso abonada por el INEM.

La Circular de la Dirección General del INEM de aplicación de la Ley 22/1993, interpretó en su Instrucción 8.^a que la prestación por desempleo es incompatible con la realización de otras actividades que estuvieran retribuidas con cargo a la persona o entidad para la que se realizan (ejemplo: becas de investigación). Es compatible con becas o ayudas por asistencia a cursos de formación ocupacional, si bien la participación en cursos del Plan FIP (Formación e Inserción Profesional), ya no da lugar a la percepción de becas y ayudas del Real Decreto 1618/1990 (sustituido por el R.D. 631/1993, de 3 de mayo), excepto cuando se trate de minusválidos y parados que participen en programas de Escuelas-Taller y Casas de Oficios (disp. adic. tercera Ley 22/1992).

Por el contrario, las prestaciones por desempleo son incompatibles con las becas que sean remuneratorias (35). Esta previsión ha sido interpretada de forma restrictiva, al entender que aquellas son sólo las compensatorias de gastos, matrícula, desplazamientos..., etc., no las que suponen una retribución efectiva, como las de aspirante a policía foral de Navarra (36); también la incompatibilidad se da con las becas de formación de personal investigador (37).

Los trabajos de colaboración social, -regulados en el art. 213.3 LGSS-, que pueden ser exigidos por la entidad gestora a los perceptores de prestaciones por desempleo no implican la existencia de relación laboral y el trabajador mantiene el derecho a percibir la prestación por desempleo que le corresponda, existiendo plena compatibilidad entre ambas situaciones, que se deriva de la propia naturaleza de tales trabajos.

Por otra parte, la jurisprudencia estableció la incompatibilidad con los salarios de tramitación por despido nulo (38).

Los empleados de notarías, en caso de pérdida de su empleo por fallecimiento o traslado de Notario a quien prestaban servicios, o en razón de causas análogas, tienen derecho a percibir una retribución económica, denominada «haber de cesantía», a cargo de la Mutuality de Empleados de Notarías. El problema es determinar si es compatible con la prestación contributiva de desempleo, señalando la jurisprudencia que la incompatibilidad prevista en el artículo 221.2 relativa a la percepción simultánea de prestación y pensión o prestaciones económicas de la Seguridad Social, no es aplicable al haber de cesantía, dado que tal haber no constituye pensión o prestación económica de la Seguridad Social, sino que tiene carácter complementario y constituye una mejora voluntaria. En tal sentido, la jurisprudencia consideró que «...no tiene carácter de salario, en tanto que no retribuye prestación de servicios, ni tampoco de pensión o prestación económica de la Seguridad Social, pues su naturaleza corresponde a la que es propia de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social» (39).

(35) Vid. STS 28-7-1995.

(36) TSJ-Navarra, 15-9-1993 (A. 3865).

(37) TSJ-Cataluña 14-10-1993 (A. 4537).

(38) SCT 21-4-1987 (A. 8221).

(39) Vid. STS 25-7-95 y STS, Sala 4.^a, 27-1-1996 (A. 205).

Otro supuesto con notas específicas en la materia, es la situación de desempleo motivada por reconversión industrial, que tiene una regulación privilegiada, recogida en la Ley 27/1984, de 26 de julio, sobre reconversión y reindustrialización -BOE de 28-7-1984-. Conforme a la misma, y según prevea cada Plan de Reconversión, -aparte de las prestaciones de desempleo en sus niveles contributivo y asistencial, por el período máximo legal, por una sola vez y con independencia del período cotizado-, pueden ser jubilados anticipadamente los trabajadores que hayan cumplido 60 años, al suponerse que el parado por reconversión no va a ser empleado de nuevo, con lo que se conjugan prestaciones de desempleo y de jubilación. Cada decreto de reconversión establece las condiciones en que podrán concederse ayudas equivalentes a la jubilación anticipada, cuando el trabajador tenga 60 o más años, o cuando cumpla los 60 si tenía 55 en el momento de la reconversión. Con base en el artículo 22 de la Ley 27/1984, se regularon los Fondos de Promoción de Empleo, siendo entidades colaboradoras del INEM, y cuyo fin es mejorar las prestaciones por desempleo, disponiendo su apartado 5 que « Los complementos abonados a los trabajadores acogidos a los Fondos de Promoción de Empleo serán compatibles, en todo caso, con la percepción por los mismos de las prestaciones de desempleo de carácter contributivo o asistencial que se les reconozca...La misma compatibilidad existirá cuando los complementos se abonen directamente por las empresas...».

VI. INFRACCIONES Y SANCIONES

La regulación de las infracciones y sanciones por desempleo aparece contemplada en la Ley 8/1988, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, -BOE de 15 de abril-. El Capítulo IV de la misma se dedica a las infracciones en materia de empleo y prestaciones de desempleo, pudiendo ser sujetos pasivos de la potestad sancionadora los empresarios, trabajadores por cuenta propia o ajena, solicitantes y perceptores de prestaciones y, en general, las personas físicas o jurídicas, respecto de la normativa de colocación y fomento de empleo y formación profesional ocupacional, así como de protección por desempleo.

El artículo 232 LGSS establece que «en materia de infracciones y sanciones se estará a lo dispuesto en el presente Título y en la Ley 8/1988», contemplando en su artículo 231 las obligaciones de los trabajadores en materia de prestaciones por desempleo, destacando al respecto su apartado e) con el siguiente tenor: «Son obligaciones de los trabajadores: solicitar la baja en las prestaciones por desempleo cuando se produzcan situaciones de suspensión o extinción del derecho o se dejen de reunir los requisitos exigidos para su percepción, en el momento de la producción de dichas situaciones», considerándose que se dejan de reunir los requisitos para la percepción de la protección cuando se dan los supuestos de incompatibilidad previstos en el artículo 221 LGSS.

Por su parte el artículo 30.2.2 de la Ley 8/1988 califica como grave «no comunicar, salvo causa justificada, las bajas en las prestaciones por desempleo en el momento en que se produzcan las situaciones de suspensión o extinción del derecho o se dejen de reunir los requisitos para su percepción, cuando por dicha causa se haya percibido indebidamente la prestación».

La Circular de la Dirección General del INEM, de 3 de enero de 1994, interpreta en su Instrucción 3.^a que no se considerará que se ha percibido indebidamente la prestación por desempleo cuando el cobro indebido se pueda compensar con el descuento de la prestación por desempleo que corresponda a los 10 primeros días de su percepción, sin que por otra parte se considere, conforme a reiterada jurisprudencia justificada, la no comunicación cuando se alegue como causa que no se conoce la existencia de esa obligación, si se ha producido cobro indebido o por alegar que la obligación se pensaba cumplir con posterioridad, si se ha producido cobro indebido.

La Ley 8/1988 califica de muy grave en su artículo 30.3.1 el hecho de «compatibilizar el percibo de prestaciones con el trabajo por cuenta propia o ajena, salvo en el caso de trabajo a tiempo parcial en los términos previstos en la normativa correspondiente».

En cuanto a la sanción correspondiente a las conductas tipificadas, aparecen contempladas en el artículo 46 de la Ley 8/1988, en virtud del cual la infracción tipificada como grave en el artículo 30.2 se sanciona con extinción de la prestación por desempleo, quedando sin efecto la inscripción como demandante de empleo, y determinando la pérdida de derechos que tuviera reconocidos como demandante de empleo.

La comisión de infracciones muy graves produce la extinción de la prestación, pudiendo ser excluidos del derecho a percibir cualquier prestación económica y, en su caso, ayuda por fomento de empleo durante un año. Sin perjuicio, en ambos casos, del reintegro de las cantidades indebidamente percibidas. En el supuesto de que la transgresión de las obligaciones afecte al cumplimiento y conservación de los requisitos que dan derecho a las prestaciones, podrá la entidad gestora suspender cautelarmente la misma, hasta que la resolución administrativa sea definitiva.

Las infracciones cometidas por los empresarios en materia de prestaciones por desempleo, aparecen recogidas en el artículo 29 de la Ley 8/1988, calificándose como muy graves las siguientes conductas:

Artículo 29.3.2: «La connivencia con los trabajadores para la obtención indebida por parte de éstos de las prestaciones por desempleo o para eludir el cumplimiento de las obligaciones que les correspondan, así como dar ocupación a los trabajadores titulares o solicitantes de prestaciones por desempleo cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de la relación laboral». Se elimina, en la redacción dada al precepto por la Ley 22/1993, la referencia a la inscripción en el Libro de Matrícula, siendo ello coherente con la exigencia del alta previa al inicio de la relación laboral.

Los empresarios que contraten o subcontraten obras o servicios, correspondientes a la propia actividad, responderán solidariamente de la infracción consistente en dar ocupación a trabajadores titulares o solicitantes de prestaciones por desempleo cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social, cometida por el empresario contratista o subcontratista durante el período de vigencia de la contrata.

Artículo 29.3.4: «La reanudación total o parcial del trabajo en los casos de suspensión de contrato o reducción de jornada autorizados en expediente de regulación de empleo, si los trabajadores continúan cobrando fraudulentamente la prestación por desempleo», constituyó la introducción de este precepto, por la Ley 22/1993, un gran acierto, debido a que con anterioridad a la misma esta conducta debía subsumirse bajo la figura de connivencia con los trabajadores para la obtención indebida de las prestaciones.

Por otra parte, el número 5 del artículo 29.3 señala que en el supuesto de infracciones muy graves se entenderá que el empresario incurre en una infracción por cada uno de los trabajadores que hayan obtenido o disfruten fraudulentamente de las prestaciones por desempleo. Responde en estos supuestos el empresario solidariamente de la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por el trabajador.

En la materia es destacable el criterio mantenido por la consulta evacuada con fecha de 31 de enero de 1995 por la Dirección General de Empleo en respuesta a la consulta formulada por la Dirección General de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, siendo sus criterios esenciales los que se exponen a continuación:

Planteada la cuestión acerca de si es correcta la tipificación por el artículo 29.3.2 de la Ley 8/1988 («dar ocupación a trabajadores titulares de prestaciones por desempleo cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de la relación laboral») cuando la empresa, efectuada la visita de inspección, procede al alta del trabajador perceptor de prestaciones por desempleo, presentando el parte de alta con fecha posterior a la visita, pero consignando en la «fecha de alta» una fecha anterior a la visita, o incluso el día declarado por el trabajador, en cuyo caso el INEM toma en cuenta, a la hora de dar de baja en las prestaciones, no la fecha de presentación, sino la fecha de alta declarada, aceptando así la retroactividad de la baja en las prestaciones. Al respecto se considera adecuado por el INEM la tipificación por el artículo 29.3.2, aunque considera que ello sería sin perjuicio de que pueda tipificarse igualmente por la vía del tipo más amplio contenido en el primer inciso del mismo artículo («la connivencia con los trabajadores para la obtención indebida por parte de éstos de las prestaciones por desempleo o para eludir el cumplimiento de las obligaciones que les correspondan»). En cuanto al trabajador, su conducta se tipificaría como muy grave a través del artículo 30.3.1 («compatibilizar el percibo de prestaciones con el trabajo por cuenta propia o ajena, salvo en el caso del trabajo a tiempo parcial...»), si en el momento de la visita el trabajador estuviera efectivamente percibiendo tales prestaciones.

La imposición de las sanciones a los empresarios se realiza por la autoridad laboral a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social; a los trabajadores por el INEM si se trata de infracciones leves o graves y a la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, si la falta es calificada como muy grave. Sin perjuicio de la potestad sancionadora que pueda corresponder a las autoridades laborales de las Comunidades Autónomas con competencias en estas materias.