

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid*

LUCIANO CORDERO SAAVEDRA

*Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Extremadura*

Extracto:

EN el Boletín Oficial del Estado de 25 de mayo de 2002 se publicó el Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, que se marca como objetivos generales los siguientes: facilitar oportunidades de empleo para todas las personas que deseen incorporarse al mercado de trabajo, mejorar el funcionamiento de este último, corregir las disfunciones observadas en la protección por desempleo, y ampliar la protección a colectivos que actualmente carecen de ella.

La incidencia sustantiva que comportan estas medidas, unido a la urgencia con la que se han introducido y la ruptura del clima de diálogo social provocada, configuran un escenario en el que la reflexión jurídica debe tener también su propio espacio, máxime cuando en el contexto de la reforma operada se encuentran varias y heterogéneas instituciones tanto de las relaciones laborales cuanto de la Seguridad Social o de la Política de Empleo, que llevan expresa o tácitamente a modificar diversos preceptos del Estatuto de los Trabajadores, de la Ley General de la Seguridad Social, de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, o de otros relevantes cuerpos normativos.

Sumario:

- I. Introducción. Las bases históricas de la reforma.
- II. Caracteres formales de la norma reformante.
- III. Fines perseguidos y medidas adoptadas.
- IV. El despido y los salarios de tramitación.
- V. La prestación contributiva por desempleo.
- VI. La prestación asistencial por desempleo.
- VII. Cuestiones comunes a ambos niveles de desempleo.
- VIII. Protección por desempleo en el Régimen Especial Agrario (REA).
- IX. Programas específicos de empleo.

I. INTRODUCCIÓN. LAS BASES HISTÓRICAS DE LA REFORMA

En el contexto de evolución del mercado de trabajo español han cobrado especial relevancia los procesos de concertación social ¹ que, en definitiva, reúnen las características comunes de las experiencias vividas por numerosos países, básicamente europeos, a lo largo del siglo XX y sobre todo desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, de manera que básicamente se han venido concretando negociaciones y pactos a nivel central con capacidad de provocar el seguimiento mayoritario de empresarios y trabajadores, si bien su contenido se ha solido centrar en temas salariales y otros de carácter social, aunque no ha faltado la contemplación de objetivos económicos generales para el país (redistribución de rentas, estabilidad de precios y competitividad exterior, etc.) ².

1. Aspectos teóricos de la concertación social.

Ante la trascendencia económica de dichos acuerdos, no es difícil entender el interés gubernativo para promoverlos e influir en su contenido, normalmente mediante contrapartidas que encuentran su soporte presupuestario, al considerar la concertación social como un instrumento especialmente eficaz para respaldar la política económica tendente a reducir la inflación y mejorar las condiciones para la inversión y el empleo. Y precisamente ello supone que se fomente, e incluso se participe en el diálogo entre los interlocutores sociales para que la evolución de la economía real se acomode a los escenarios macroeconómicos previstos.

Dentro de la estrategia de política económica que busca la estabilidad, debe existir una coordinación entre sus distintos instrumentos y ésta ha de ser especialmente estrecha entre la concertación social y la política presupuestaria, dada la relación y alcance de las mismas. De esta forma, la política presupuestaria ha significado con frecuencia una vía de compensación con desgravaciones fiscales

¹ En términos teóricos, la concertación social es definida como un modelo de colaboración y diálogo de las organizaciones empresariales y sindicales, con o sin la presencia explícita del Gobierno; mediante ella se busca la obtención de acuerdos generales a nivel centralizado sobre las condiciones que deben regir las relaciones laborales y otras materias de ámbito socioeconómico.

² Con todo, no es unánime la doctrina cuando analiza las posibles acepciones que presentan los usos de la «concertación social». Desde una visión estricta o restringida se identifica como método de adopción de decisiones estratégicas o importantes en los ámbitos de la política económica y social y de la regulación de las condiciones de trabajo por parte de tres actores o sujetos: el Gobierno, los sindicatos y las organizaciones empresariales. Desde otra perspectiva más amplia se la identifica también como una negociación orientativa de decisiones importantes de carácter general en el ámbito social, en la que se resuelven conjuntamente problemas de competencia propia de cada uno de los participantes, pero que, a diferencia de la primera, no exige necesariamente ni la presencia del Gobierno, ni la referencia consiguiente al campo de acción de la política económica y social de los poderes públicos (vid. A. MARTÍN VALVERDE: «Concertación social y diálogo social. Especial referencia al papel del Consejo Económico y Social», en *Relaciones Laborales*, 1994-II, pp. 333 y ss.).

o subvenciones, a cambio de moderación salarial en los Acuerdos sociales. Y, en este orden, a través de la concertación social los agentes económicos y sociales participan en las decisiones de política económica que hacen referencia a las materias que tradicionalmente han sido objeto de negociación.

Cumpliendo fielmente lo previsto por los modelos teóricos, la historia de la concertación social en España pone de manifiesto que los temas centrales de negociación han sido los salariales, hasta el punto de confundirse los términos de concertación social con política de rentas basada en el consenso social. La explicación parece obvia: la fijación de los aumentos salariales es una cuestión clave para la política macroeconómica en tanto que condiciona el objetivo de precios y la competitividad de las empresas. También aparecen como materias negociadas el tiempo de trabajo, la formación profesional, la seguridad y salud laboral, la contratación y despido, la evolución del sistema de protección social, etc. Adicionalmente, hay otros aspectos que se han debatido y que entran de lleno en la esfera de la política presupuestaria, como son, la política de rentas en el ámbito de decisión propia del Gobierno, los salarios de funcionarios, las pensiones de clases pasivas, los precios regulados de empresas públicas, etc.

La formulación de una política consensuada de rentas, uno de los ejes de la concertación social llevada a cabo en numerosos países, ha tenido como principal aspiración la maximización de dos objetivos básicos de política económica: reducir las tensiones inflacionistas y sentar las bases para elevar el ritmo de crecimiento y del empleo al aumentar la rentabilidad interna de las inversiones y la competitividad exterior. Se supone que tras el segundo objetivo se halla implícitamente la necesidad de reducir la tasa de paro y también se entiende que para alcanzarlo, y al mismo tiempo reducir la inflación, hay que moderar los costes laborales.

De esta forma se entra plenamente en la conflictiva relación entre precios y empleo, dos objetivos macroeconómicos que han generado con frecuencia importantes restricciones el uno sobre el otro y enormes dificultades en la instrumentación de la política económica. No obstante, las nuevas corrientes doctrinales dominantes aceptan que sólo se puede conseguir un crecimiento estable y sostenido en el tiempo si se crean unas bases económicas sanas, entre las que se encuentra la reducción de la inflación. Esta nueva cultura de estabilidad de precios, de la que participan todos los Gobiernos de la Unión Europea, vuelve a dar protagonismo a los agentes sociales como vía para lograr la implicación y el compromiso de los mismos con los objetivos de la política económica.

2. La experiencia española reciente de concertación social.

- El itinerario que ha seguido la concertación social en España, tras su conformación como un Estado Social y Democrático de Derecho, tiene su antecedente y punto de arranque en los *Pactos de la Moncloa*, firmados el 27 de octubre de 1977, que consistieron en un acuerdo entre el Gobierno y los representantes de los principales partidos políticos del arco constituyente (PSOE, UCD, AP, PNV, CDC y PCE), ratificado por las dos cámaras parlamentarias. Sin embargo, los representantes de las organizaciones empresariales y sindicales no firmaron estos pactos, si bien el apoyo dado por el PCE coetáneo explica que CC.OO. tampoco manifestara su rechazo (lo que de algún modo sí hicieron UGT y CEOE).

Entre las aportaciones de este Pacto aparece el establecimiento de una referencia salarial para la negociación con base en la inflación prevista, el concepto de masa salarial bruta o el tratamiento de los deslizamientos retributivos, además de la participación de empresarios y trabajadores en el control y vigilancia de la gestión de la Seguridad Social a través de los distintos organismos que la forman (INSS, INSALUD, INEM, etc.).

• Con posterioridad, el *Acuerdo Básico Interconfederal (ABI)*, firmado en 1979 entre la CEOE y UGT puso el acento en el papel de empresarios y sindicatos ante un nuevo modelo de relaciones laborales, marcándose orientaciones y principios que inspiraron el Estatuto de los Trabajadores de 1980 (el Título dedicado a la negociación colectiva tuvo como fundamento el propio pacto entre partes interesadas). Las ideas de autonomía colectiva, el papel residual de las Ordenanzas laborales aprobadas durante el franquismo, la supresión de la homologación administrativa de los convenios y la eliminación de los laudos obligatorios, así como la implantación y reconocimiento de la representación sindical en las empresas fueron auspiciadas por este Acuerdo.

• Más tarde, el *Acuerdo Marco Interconfederal (AMI)* de 1980, el *Acuerdo Nacional sobre Empleo (ANE)* de 1981, y el *Acuerdo Económico y Social (AES)* de 1984, alcanzado este último durante la primera legislatura del gobierno del PSOE, ofrecieron compromisos y medidas muy significativas en temas importantes referidos a política de rentas ³, tiempo de trabajo ⁴, empleo ⁵, o formación profesional ⁶.

³ Gracias a estos Acuerdos sociales, se vivió un período de moderación salarial desde mediados de la década hasta 1988, consiguiéndose que los sindicatos aceptaran la tesis de moderar el crecimiento de los salarios a cambio de determinadas contrapartidas y cautelas, entre las cuales pueden encontrarse la aplicación de criterios redistributivos en los aumentos salariales (así, la linealidad en los Pactos de la Moncloa) y de otras rentas y la introducción de cláusulas de garantía salarial para el caso de que la inflación superase ciertos límites relacionados con el objetivo fijado por el Gobierno.

Desde la perspectiva empresarial puede decirse que se consiguió una cierta flexibilización en la aplicación de los criterios y pautas salariales respecto de las empresas con pérdidas. Así surgen las «cláusulas de descuelgue» que acabaron incorporándose a la legislación laboral en la reforma del Estatuto de los Trabajadores de 1994. Por el contrario, la mayor estabilidad económica ha ido reduciendo progresivamente el papel de las cláusulas de garantía para el caso de que la inflación real rebasara el objetivo de la inflación fijada por el Gobierno.

⁴ El tiempo de trabajo y por tanto, la duración de la jornada laboral, ha sido un tema permanentemente abierto a la negociación y al diálogo social. Durante la vigencia del AMI se abordó esta temática con amplitud en un marco temporal de tres años. El cómputo anual y la posibilidad de ajustar la jornada sector a sector, empresa a empresa por vía de negociación fueron soluciones precursoras a lo que actualmente recomienda la Unión Europea.

⁵ La concertación social ha mostrado una permanente preocupación por el mantenimiento de los niveles de empleo así como por buscar medidas que permitan reducir el alcance del desempleo. Así, el Pacto de la Moncloa y el Real Decreto-Ley que luego le dio efectos jurídicos, siendo consecuente con la situación económica de la época, introdujo la posibilidad de reducir parcialmente la plantilla por parte de las empresas que tuvieran exceso de costes laborales. Por su parte, el AMI de 1980 vinculó el mayor o menor incremento salarial dentro de una banda salarial a la existencia o no de compromisos en materia de creación o mantenimiento de empleo. En el ANE de 1981, el empleo y el fomento de la contratación fueron elementos definitorios. En el AES de 1984, se dedicó especial atención a la lucha contra el desempleo, poniéndose sobre la mesa todo un conjunto de programas y actuaciones para dar eficacia a una política pactada de empleo, y así cabe citar la fiscalidad, la inversión, los costes laborales, el seguro de desempleo, las modalidades de contratación, la movilidad, la extinción de la relación laboral, las obras y servicios públicos y las actividades de promoción de la competitividad.

⁶ El AES de 1984 fue el primer Acuerdo Social en el que de modo global se abordó la política de formación profesional. Se decidió la creación de un Consejo General, creado en 1987 y modificado en 1997 para dar entrada a las Comunidades

• El período comprendido entre 1988 y 1996 puede decirse que reflejó la congelación en la concertación y el diálogo social, debido fundamentalmente al deterioro que en esos momentos se produjo en las relaciones de los sindicatos con el Gobierno, especialmente con el Departamento económico, durante la segunda y tercera legislatura de mayoría socialista, en cuyo intervalo se convocaron dos huelgas generales, dificultando ostensiblemente el diálogo social ⁷.

• La gravedad y persistencia de la recesión, la fuerte destrucción del empleo y el imparable incremento del paro, propició el Real Decreto-Ley 18/1993, de 3 de diciembre, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación, que inicia una importante y controvertida reforma de la legislación laboral, que fue continuada por 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. Lejos de presentarse una reforma minimizada, se auspició una reforma global sobre el Estatuto de los Trabajadores (la de mayor amplitud producida desde el texto originario de 1980, si se tiene en cuenta que 46 artículos del total de 92 son objeto de revisión en distinta intensidad) con el conocido «efecto dominó» sobre las leyes adjetivas o instrumentales, como puede advertirse por la culminación parlamentaria de la Ley 11/1994, de 19 de mayo. A ello se une la Ley 10/1994, sobre Medidas Urgentes de Fomento a la Ocupación ⁸.

• La preocupación social por el futuro del sistema de pensiones era notoria, especulándose con la imposibilidad de sostenerse económicamente en un futuro cercano, a la vista de la inversión paulatina en la pirámide demográfica y de las crisis económicas con la consiguiente reducción de empleo y, por consiguiente, de cotizantes. Esta coyuntura de recesión económica era la que imperaba en 1994 y que propició que, a instancia del Grupo Parlamentario Catalán, se creara, dentro de la Comisión de Presupuestos, una «Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del sistema de Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse», cuyo texto final, conteniendo una serie de quince recomendaciones dirigidas al Gobierno, fue aprobado por el pleno del Congreso de los Diputados el 6 de abril de 1995, conocido popularmente como el *Pacto de Toledo* ⁹.

Autónomas, como un órgano de reflexión, estudio y propuesta de políticas para la formación y se acordaron una serie de objetivos concretos en materia de formación reglada y ocupacional, fundamentada en cuatro grupos de medidas consideradas como básicas para la mejora de la eficiencia del sistema económico y de la capacidad de creación de empleo: incentivar sustancialmente la investigación del mercado de trabajo para conocer las necesidades de formación actuales y futuras; incorporar a los agentes sociales (empresarios y trabajadores) a estos objetivos y actuaciones de formación profesional; integrar la formación profesional con la política de empleo; coordinar la oferta pública y privada de formación profesional. Ha de destacarse que la formación profesional ha tenido un enorme desarrollo en España a partir de la entrada en la Unión Europea, y así, a través del Fondo Social Europeo ingentes recursos económicos han cofinanciado programas y acciones formativas que han tenido un importante efecto multiplicador, desarrollando enormemente el número de planes formativos y sus beneficiados en España.

⁷ Sobre la desavenencia Gobierno-Sindicatos, como ingrediente más notorio de la crisis de la concertación, *vid.* A. ESPINA: «Los sindicatos y la democracia española. La huelga general de diciembre de 1988 y sus implicaciones políticas», en AA.VV. *Concertación social, neocorporatismo y democracia*, MTSS, Madrid, 1991, pp. 191 y ss.

⁸ Sobre el alcance de esta reforma laboral nos remitimos *in extenso* a la obra colectiva: *La Reforma del Mercado Laboral*, dir. por F. VALDÉS DAL-RÉ, Lex Nova, Valladolid, 1994.

⁹ En relación con el Pacto de Toledo, en general, y sin ánimo excluyente: AA.VV.: *Análisis de diversas cuestiones sobre el Pacto de Toledo*, MTAS, Madrid, 1997; AA.VV.: J.F. BLASCO LAHOZ: «La reforma de la Seguridad Social: el Pacto de

• El nuevo Gobierno del Partido Popular, formado en 1996, planteó su voluntad de abordar de forma prioritaria un conjunto de reformas sociales a fin de mejorar el funcionamiento del mercado de trabajo, conseguir una mayor estabilidad en el empleo y facilitar a los jóvenes su inserción en el mercado de trabajo. Estos objetivos, unidos al impulso de las políticas activas en el empleo agrario, a la puesta en marcha de mecanismos de solución extrajudicial de conflictos, a la consolidación y racionalización de la protección social y al relanzamiento de la formación profesional, se convirtieron en una prioridad política, fundamentando su consecución en el impulso del diálogo social. Así surgió la constitución de cinco mesas de negociación de carácter tripartito que finalizaron con acuerdo entre los meses de mayo y diciembre de 1996. Fruto de este proceso negociador aparecen diversos acuerdos:

- El *Acuerdo Tripartito en materia de solución extrajudicial de conflictos laborales* establecía mecanismos de solución autónoma de los conflictos laborales que pudieran surgir en ámbitos supraautonómicos y de carácter colectivo, evitándose de esta manera su formalización ante la Autoridad Laboral y los órganos jurisdiccionales del orden social.
- El *Acuerdo sobre Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social*, rubricado el 9 de octubre de 1996, que supuso un consenso con los agentes sociales en las líneas fundamentales de desarrollo y aplicación de las recomendaciones del Pacto de Toledo, insistiéndose en la necesidad de mantener el poder adquisitivo de los pensionistas, reforzar el carácter contributivo del sistema español de la Seguridad Social y mejorar las prestaciones insuficientes, según sea posible, por razones de equidad ¹⁰.
- El *Acuerdo para el Empleo y la Protección Social Agrarios*, que se tradujo en el Acuerdo sobre Política de Inversiones y Empleo Agrario el 14 de noviembre de 1996.
- Los *Acuerdos sobre Formación Profesional*, que tuvieron como resultado la firma del Acuerdo de Bases sobre la Política de Formación Profesional, el II Acuerdo Nacional de Formación Continua, y el Acuerdo Tripartito sobre Formación Continua.

Toledo y su desarrollo», Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; M. CABANILLAS BERMÚDEZ: «El Pacto de Toledo», Tecnos, Madrid, 1997; J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y M.R. MARTÍNEZ BARROSO: «De las oportunidades perdidas en Seguridad Social por la ambigüedad y las urgencias políticas (A propósito del acuerdo sobre consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social)», en *REDT*, núm. 81 (1997).

¹⁰ Las partes firmantes consideraron necesario que el proceso de separación de las fuentes de financiación del Sistema de Protección Social en España, debería llevarse a cabo de manera que permita contar con el montante de cotizaciones preciso para garantizar el equilibrio financiero presente y futuro, mediante medidas de aplicación gradual y compatibles siempre con la competitividad de la economía española y el mantenimiento y creación de empleo. Con base en este Acuerdo, el Gobierno elaboró un proyecto de ley que incluía la reforma de la vigente LGSS, así como algunas previsiones presupuestarias para ejercicios venideros, que finalmente fue aprobada por el Congreso, surgiendo así la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, dejando pendiente parte de las recomendaciones hechas en el Pacto de Toledo referidas, fundamentalmente, a la gestión de la Seguridad Social (*vid.* al respecto, C.A. OLIVER MAESTRE: «Separación de fuentes de financiación del sistema de Seguridad Social en la Ley 24/1997», en *Revista Jurídica de la Universidad Alfonso X*, Madrid, junio de 2000).

• Por otra parte, y en relación con la mejora del mercado de trabajo y la modernización y reforzamiento del papel de la negociación colectiva, los interlocutores sociales lograron consensuar posiciones en abril de 1997, resultado de los cuales fueron tres Acuerdos Interconfederales, con una vigencia de cuatro años: el *Acuerdo para la Estabilidad del Empleo*¹¹, el *Acuerdo sobre Negociación Colectiva*, y el *Acuerdo sobre Cobertura de Vacíos*¹².

La traducción normativa del Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo se produjo por la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de Medidas Urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida, resultante de la tramitación parlamentaria del homónimo Real Decreto-Ley 8/1997, y que destaca por la creación de la nueva figura del «contrato para el fomento de la contratación indefinida», con menor coste de despido, dirigido a determinados colectivos de personas con especiales dificultades para el acceso al mercado de trabajo¹³.

• A finales de 1998, culminado un nuevo proceso de diálogo social iniciado de forma tripartita, se logra un nuevo *Acuerdo sobre el Trabajo a Tiempo Parcial y fomento de su estabilidad*, si bien no contó finalmente con la conformidad de los empresarios (CEOE/CEPYME). Su traducción normativa se produce mediante la técnica de urgencia, por el Real Decreto-Ley 15/1998, de 27 de noviembre, de Medidas Urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad, de forma que, a partir de 1999, las bonificaciones se ampliaron a la contratación a tiempo parcial estable.

• En diciembre del año 2000 se firmaron los *Acuerdos Nacional y Tripartito de Formación Continua*, definitorios de los principios y fórmulas de gestión del sistema para los cuatro años siguientes. Y en abril de 2000, se suscribe el *Acuerdo Tripartito en Materia de Solución Extrajudicial de*

¹¹ Este Acuerdo implicaba reformas normativas que fueron asumidas por el Gobierno. Puede decirse que este instrumento negociado constituyó una contribución esencial de empresarios y sindicatos para afrontar los principales problemas del mercado de trabajo español, en un momento en el que se caracterizaba por tener una de las tasas más altas de desempleo, una temporalidad en la contratación que afectaba a uno de cada tres trabajadores y un paro juvenil que alcanzaba el 40 por 100 de los jóvenes menores de 25 años.

¹² El desarrollo de los Acuerdos sobre Negociación Colectiva y Cobertura de Vacíos correspondía a los propios agentes sociales. El primero tenía por finalidad mejorar la articulación de los diferentes ámbitos de la negociación colectiva (estatal, provincial o de empresa) y enriquecer sus contenidos. El segundo marcaba como objetivo cubrir el vacío normativo producido por la derogación de las Ordenanzas Laborales (como reducto de las normas de obligado cumplimiento que fueron dictadas en la época autoritaria y que venían a regular las relaciones laborales en determinados sectores) en algunas actividades o sectores en los que no se había podido aprobar un convenio colectivo nacional por falta de interlocutores legitimados para la negociación. Sobre la falta de imperatividad de lo pactado *vid.* C.I. ALFONSO MELLADO: «La nueva reforma laboral ¿qué se ha hecho y para qué?», en *Ágora, Revista de Ciencias Sociales*, núm. 4/1997, pp. 27 y ss. En general, *vid.* AA.VV.: *Estabilidad en el empleo, diálogo social y negociación colectiva*, coord. por M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS DAL-RE y M.E. CASAS BAAMONDE, Tecnos, Madrid, 1998.

¹³ Puede consultarse, respecto de esta reforma, G. VIDAL CARUANA y G. VIDAL BENEYTO: *La Reforma Laboral/97*, CISS, Valencia, 1997, que al mismo tiempo que analizan con profusión los cambios operados vienen a destacar la recuperación del papel de los sindicatos como interlocutores sociales (p. 5). También, AA.VV.: *Las reformas laborales de 1997*, Aranzadi, Pamplona, 1998, y J. VIDA SORIA: «Los Acuerdos para la Estabilidad en el Empleo y la Negociación Colectiva de 1997, en el marco de las reformas del sistema normativo para las relaciones de trabajo», en *RL*, 1997-I, pp. 590 y ss.

Conflictos Laborales, que supone un nuevo paso en el camino de solución negociada a los conflictos que se plantean entre las partes de la relación laboral.

- En definitiva, y hasta esos instantes, se podía decir que la política de empleo seguida por el Gobierno del Partido Popular se venía caracterizando por el diálogo social, sin obviar el referente necesario de poner en marcha la Estrategia Europea de Empleo ¹⁴, asumido que la inclusión de un nuevo Título sobre el empleo en el Tratado de Amsterdam y su aplicación anticipada acordada en 1997 en la Cumbre Extraordinaria sobre el Empleo de Luxemburgo, por todos los Estados miembros de la Unión Europea, vino a suponer un giro sustancial en la orientación de las políticas de empleo.

- Mas la tercera reforma laboral del Gobierno del Partido Popular que se lleva a cabo adelantadamente por el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, de Medidas Urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, confirmada con relevantes añadidos por la Ley 12/2001, de 9 de julio, supuso la interrupción de la práctica de concertación social y legislación negociada en materia de regulación del mercado de trabajo que se venía manteniendo en las dos primeras reformas operadas (1997 y 1998). A pesar del diálogo social mantenido desde octubre de 2000, lo cierto es que no se culminaba con el deseado consenso, marcando un precedente nada alentador, si bien la concertación social se recuperaba puntualmente en abril de 2001 con el *Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social*, aunque finalmente fuera firmado en exclusividad por el Gobierno, la patronal y CC.OO. (no adhiriéndose UGT), que avanza en la separación de las fuentes de financiación del sistema de protección social, decidiendo dedicar a la dotación de un fondo de excedencia los excedentes en cotizaciones sociales y establecer medidas para regular la jubilación dotándole de caracteres de flexibilidad y regularidad, así como introducir determinadas mejoras en prestaciones sociales ¹⁵.

De índole sustantiva, puede decirse que la reforma de 2001 se insertaba en esa corriente reaccionaria contra las profundas transformaciones de la realidad económica, que exige un dinamismo propio de adaptación para la creación y mejora del empleo, instaurando mecanismos para flexibilizar o adaptar la regulación de las relaciones de trabajo. El contenido normativo de la Ley 12/2001 se concreta en diversas modificaciones normativas (Estatuto de los Trabajadores, Empresas de Trabajo

¹⁴ Debe destacarse que el proceso de la Estrategia Europea de Empleo, caracterizada por la adopción de directrices comunes para el empleo que deben ser incorporadas por los Estados miembros en sus Planes Nacionales de Empleo, consolida una estrategia coordinada de empleo en íntima conexión con la política económica. Los programas de convergencia, primero, y los programas de estabilidad, después, implementados a nivel de la Unión Europea deberán estar en mutua interconexión con los planes nacionales de acción para el empleo.

¹⁵ Este Acuerdo se mueve en la línea de concertación de la Seguridad Social recomendada en el debate parlamentario sobre el Pacto de Toledo. Se sitúa dentro de la tendencia reciente en la evolución de la Seguridad Social hacia una reforma constante con los objetivos sea de «racionalización o consolidación» (1996) sea de «mejora y desarrollo» (2001), por lo que puede decirse que es una renovación del Acuerdo de 1996. En relación con este proceso de reformas *vid.* J. LÓPEZ GANDÍA: *Las reformas legislativas en materia de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, que se hace eco del complemento que sobre estas reformas importantes vienen realizándose «de manera solapada y unilateral por el Gobierno a través de las famosas y odiosas leyes de acompañamiento de las leyes de presupuestos, sin que los temas se hayan puesto en la mesa de negociación» (p. 25). También J.L. MONEREO PÉREZ: «La nueva fase del desarrollo del pacto de Toledo: el acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social», en *RL*, núm. 24 (2001), pp. 11 a 53.

Temporal, Infracciones y Sanciones en el Orden Social), además de la consolidación del contrato para el fomento de la contratación indefinida y de la incorporación del programa de fomento de empleo para el año 2001 ¹⁶.

• Por culminar este proceso evolutivo, hay que señalar que las organizaciones sindicales (UGT y CC.OO.) y empresariales más representativas (CEOE y CEPYME) alcanzaron consenso en diciembre de 2001 para establecer el *Acuerdo para la Negociación Colectiva 2002*. En el proceso negociador se contó, hasta los momentos finales, con la presencia del Gobierno, cuyo papel no era propiamente como parte negociadora, sino más bien como agente que «estimulaba» la negociación entre las partes y que, incluso, proponía elementos de acuerdo y de síntesis de las respectivas posturas ¹⁷.

Sobre estas premisas, en las páginas que siguen se trata de suministrar una primera y panorámica visión acerca de los contenidos principales de esta importantísima norma ¹⁸.

II. CARACTERES FORMALES DE LA NORMA REFORMANTE

1. Unilateralidad de la norma.

El Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, de Medidas Urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de su ocupabilidad (en adelante RD-Ley), que aparece publicado en el Boletín Oficial del Estado del pasado 25 de mayo de 2002, irrumpe en nuestro Ordenamiento jurídico con la virulencia propia que representa el carácter acelerado que la preside y la existencia de una nueva confrontación con los sindicatos representativos, como lo denota la huelga general desarrollada el día 20 de junio. Interesa, por tanto, a nuestro estudio referirse a estas situaciones coyunturales, desde la óptica propia de índole jurídica que preside este análisis, como necesaria reflexión que sirva de preludeo al examen de su contenido.

Efectivamente, el proceso seguido desde la entrega por el Gobierno de la Nación a los interlocutores sociales del documento fechado el 17 de abril de 2002, que recogía las medidas que el prime-

¹⁶ Diversos tratamientos doctrinales merecen consultarse a propósito de esta reforma. AA.VV.: *La reforma laboral de 2001*, coord. por A.V. SEMPERE NAVARRO, Aranzadi, Pamplona, 2001. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS DAL-RÉ y M.E. CASAS BAAMONDE: «La reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad», en *RL*, núm. 7 (2001). P. CHARRO BAENA y C. MARTÍN MAZZUCONI: «Reforma laboral de 2001. Comentario al Real Decreto-Ley 5/2001», en *Social, Mes a mes*, núm. 62 (2001). AA.VV.: *La reforma laboral de 2001 y el Acuerdo de Negociación Colectiva para el año 2002 (La Ley 12/2001 y el ANC-2002)*, coord. por I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Lex Nova, Valladolid, 2002.

¹⁷ A propósito del mismo *vid.* C.I. ALFONSO MELLADO: «El acuerdo sobre negociación colectiva para el año 2002 (ANC-2002)», en AA.VV.: *La reforma laboral de 2001 y el Acuerdo de Negociación Colectiva para el año 2002*, *ob. cit.*, pp. 305 y ss.

¹⁸ Para un más detallado examen de la misma, *cfr.* el libro colectivo *La reforma del despido y del desempleo. Análisis del Real Decreto-Ley 5/2002*, dir. A. V. SEMPERE y M. CARDENAL, ediciones Laborum, Murcia, 2002.

ro deseaba implementar para proceder a reformar algunos aspectos relevantes del actual sistema de protección por desempleo y de la Ley Básica de Empleo, aventuraba que no sería fácil el acercamiento de posturas, máxime a la vista de las declaraciones públicas de unos y otros ¹⁹; tampoco hay que olvidar que la promulgación de la norma se produce cuando ya se ha manifestado la intención de convocar una huelga general (como protesta frente a la proyectada reforma) por parte de los sindicatos mayoritarios.

En todo caso, lo presagiado ²⁰ se convirtió en realidad desde el momento que el Real Decreto-Ley 5/2002 no surge como resultado de un diálogo social previo ²¹, en un paralelismo con el proceso normativo seguido con el precedente Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, por lo que bien parece romperse el mecanismo de concertación social que ha presidido el panorama de la legislación social en los años que anteceden desde que el Gobierno fue ocupado por el Partido Popular, hasta el punto que se venía calificando a estas normas como de «legislación pactada».

La coincidencia meramente casual en el referente numérico de ambas normas lo es también (aunque ya no sea casual) con la semejanza en la propia denominación (el Real Decreto-Ley 5/2001 lo era de Medidas Urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad), y con su proceso de nacimiento. Ambas normas son aprobadas sin ese singular salvoconducto de acuerdo entre los agentes sociales y el Gobierno («a dos o tres bandas», según la terminología al uso); mas ahora se puede decir que el desencuentro es mucho mayor que en el año precedente, hasta el extremo de haberse convocado y desarrollado la huelga general del 20 de junio.

La aprobación de una norma sin el previo éxito del diálogo social es considerada por alguna de las partes implicadas como una ruptura de las reglas implícitas sobre el modo en que habrían de producirse las variaciones en el sistema jurídico-laboral, además de acusarse al Gobierno de despreciativo hacia ese diálogo por considerarlo como algo meramente instrumental. Sin embargo, desde la estricta consideración jurídica debe estimarse que el Gobierno no venía obligado a seguir tan deseable método y que la Constitución Española (especialmente los arts. 97 y 86) ampara su facultad normativa de carácter unilateral.

2. El presupuesto habilitante del Real Decreto-Ley.

• Ahora bien, la discusión debe derivar al tema de si existe el presupuesto de extraordinaria y urgente necesidad que recoge el artículo 86 del texto constitucional, como condicionante que habi-

¹⁹ Así, algunos integrantes del Gobierno aseguraban que se seguiría hacia adelante en la aplicación de los aspectos básicos perseguidos por la reforma (adoptar medidas consideradas como sumamente necesarias para una política activa de empleo, primando su creación y no subvencionando su pérdida) y todo ello aun cuando no se llegara a producir un acuerdo.

Por su lado, los principales dirigentes sindicales advirtieron que la negociación sólo podría comenzar realmente si el Gobierno retiraba su proyecto, negándose a la deliberación sobre el texto entregado.

²⁰ A. PEDRAJAS MORENO: «Comentario sobre los aspectos básicos de la Propuesta de Medidas de reforma de la protección por desempleo y de la Ley Básica de Empleo», puede consultarse en: laley.net.

²¹ Cierto es que el Gobierno ha propiciado hasta cuatro convocatorias para mantener el diálogo social, rechazadas frontalmente por UGT y CC.OO. que ponían como condición la retirada del documento de trabajo que presentaba el primero.

lite al Poder Ejecutivo para alumbrar una norma con rango de Ley, sin perjuicio de su ulterior convalidación por el Congreso de los Diputados.

En esta línea, el Tribunal Constitucional ha ido flexibilizando su propia doctrina inicial sobre el juego más limitado y estrictamente excepcional de esta técnica legislativa, prestando cobertura constitucional genérica a las innovaciones legislativas introducidas por el Gobierno mediante Decreto-ley «para afrontar coyunturas económicas problemáticas», que «exigen una rápida respuesta» para «alcanzar los objetivos marcados por la gobernación del país»; en tales casos, el recurso por el Gobierno a su facultad normativa excepcional «constituye un instrumento constitucionalmente lícito»²².

• Resaltemos que el RD-Ley 5/2002, antes incluso de proyectar los objetivos que persigue, plasma los principios estratégicos europeos respecto al empleo, que aun cuando implícitos en la normativa actual española, «faltan mecanismos explícitos para ponerlo en marcha», constituyendo «eje de referencia en la protección frente al desempleo, [que] ha sido refrendado recientemente en las Conclusiones del Consejo Europeo de Barcelona»; la protección al desempleo, por sí misma, exige una intervención rápida y activa para la coyuntura económica y social de un país, detonante de plausible agilidad en las reformas normativas que operen para dar oportunidades de formación y empleo que posibiliten que los desempleados puedan encontrar trabajo en el menor tiempo posible.

Las razones apuntadas en el Preámbulo del RD-Ley 5/2002 cubren buena parte del contenido y en su mayoría resultan suficientes, pues estamos ante una norma justificada en hasta cuatro causas: a) conseguir la más pronta inserción de los desempleados, lo que interesa tanto a su propio bienestar cuanto al funcionamiento del mercado de trabajo; b) aprovechar las nuevas oportunidades de empleo que ahora existen; c) posibilitar el inmediato acceso a la protección por parte de los colectivos a los que se abre; d) dar seguridad jurídica y evitar posibles actuaciones elusivas de la nueva legalidad (evitar «comportamientos que impidan o dificulten alcanzar los objetivos» propuestos). A ello sin duda debería añadirse que el acusado contraste que nos deparan los precedentes normativos que inciden en reformas laborales, seguidores en su conjunto del mismo cauce formal²³, como necesaria actitud para que la prontitud y celeridad de las actuaciones que se propicien en materia social eviten los fraudes en el mercado laboral en el período de tránsito²⁴.

²² STC 6/1983, de 4 de febrero, f.j. 5, y STC 23/1993, de 21 de enero, f.j. 5, esta última precisamente sobre el RD-Ley 1/1986, de 14 de marzo, de Medidas Urgentes administrativas, financieras, fiscales y laborales, que modificó parcialmente el ET. Son sumamente ilustrativas al respecto las reflexiones que en su momento realizaba M.E. CASAS BAAMONDE: «Mercado de trabajo y ordenamiento laboral: el alcance de la reforma», en *RL*, 1994-II, pp. 35 y ss., sobre la nada infrecuente intervención gubernativa en el mercado de trabajo y en el campo de la protección social a través de decretos-leyes, que ha introducido regulaciones coyunturales y, en algún caso, movedizas.

²³ Tales han sido los ejemplos que nos han proporcionado los RRDD-Ley 1/1992, de 3 de abril; 18/1993, de 3 de diciembre; 8/1997, de 16 de mayo; 15/1998, de 27 de noviembre; y 5/2001, de 2 de marzo.

²⁴ Así lo refiere también J.A. MARTÍNEZ LUCAS: «El Real Decreto-Ley 5/2002 de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad», en *La Ley*, núm. 5558, 4 de junio de 2002.

En todo caso, resulta discutible determinar si existe el presupuesto de extraordinaria y urgente necesidad requerido en el artículo 86 del texto constitucional a fin de que el Poder Ejecutivo pueda alumbrar una norma con rango de Ley, sin perjuicio de su ulterior convalidación por el Congreso de los Diputados. La verdad es que no parece que en todos los temas abordados exista ese presupuesto habilitante, además de que determinadas (nada secundarias) modificaciones aparecen despegadas de la justificación pertinente; en algunos aspectos es como si el Preámbulo de la norma fuera por un lado y el contenido por otro, existiendo una censurable disociación.

Por ello, inevitablemente, las dudas (sobre la extraordinaria urgencia) se acentúan cuando se examinan algunas concretas innovaciones o modificaciones, aunque no parece que haya existido un uso abusivo y global de la excepcional posibilidad reguladora en cuestión ²⁵ que, además, tendría que ser apreciado por el Tribunal Constitucional; en suma, el RD-Ley 5/2002 es norma que ha de aplicarse en sus propios términos pese a las reservas (procedimentales, políticas, sindicales o jurídicas ²⁶) que sobre el mismo puedan tenerse ²⁷.

3. Contenido general y estructura interna.

Al igual que sucediera con otros destacados textos normativos de urgencia, el RD-Ley 5/2002 se está tramitando como Proyecto de Ley y, previsiblemente, acabará convirtiéndose en norma elaborada por las Cortes Generales, al tiempo que privando de relevancia práctica al interesantísimo debate acerca de su eventual colisión con el derecho de huelga y de la extralimitación gubernamental en el uso de la legislación de urgencia.

Lo cierto es que, al día de hoy, a lo largo de catorce páginas y media del periódico oficial aparecen varias y heterogéneas instituciones tanto de las relaciones laborales cuanto de la Seguridad Social o de la Política de Empleo; diversos preceptos del Estatuto de los Trabajadores (ET), de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS) o de otros relevantes cuerpos normativos aparecen expresa o tácitamente modificados, corolario todo ello de concebir la existencia de una reforma sustantiva.

²⁵ Éste es el parecer de un muy numeroso grupo de Catedráticos, conocido en el momento de cerrar las presentes notas y aparecido en *El País* de 7 junio 2002, bajo el sugerente título de «Un cierre patronal legislativo».

²⁶ En *El País* de 7 junio 2002, el Catedrático de Derecho Constitucional M. CARRILLO («Uso y abuso del Decreto-Ley») expone dos argumentos para cimentar la opinión sobre la inconstitucionalidad de la norma: 1.º Porque «la relación de causalidad entre los motivos argüidos y la medida tomada aparece, digamos, como muy lejana». 2.º Porque introduce «una reforma que afecta con carácter general a los derechos y deberes» de los trabajadores.

²⁷ Por manifestar abiertamente nuestra opinión: no se puede emitir un mismo juicio acerca de todos y cada uno de los contenidos del precepto, sino que debe realizarse un análisis más matizado, separando cada institución de las restantes. No creemos, en consecuencia, que el RD-Ley sea globalmente conforme u opuesto al texto constitucional, sino que en él aparecen pasajes de ambas clases; hablamos, por descontado, de un ajuste técnico-jurídico e independiente del juicio que nos merezca desde otras perspectivas (no menos importantes, pero ajenas al enfoque de mi reflexión).

En cuanto a su estructura, la norma se integra por cinco extensos artículos, cuatro Disposiciones Adicionales, siete Transitorias, una Derogatoria y dos Finales, y que desde un estricto plano de técnica normativa debe convenirse en su reparo, en una inexplicable tendencia de incorporar en preceptos extravagantes (fuera del articulado, en previsiones adicionales, finales o transitorias) cuestiones de sumo interés, nada periféricas, ajenas a la transición entre cuerpos normativos y con entidad máxima, sin que se alcance a comprender los motivos por los que, a título de ejemplo, el Programa de Renta Activa de Inserción aparezca en una disposición adicional (la primera) o el Fomento de empleo en economía social y trabajo autónomo lo haga en una transitoria (la cuarta).

III. FINES PERSEGUIDOS Y MEDIDAS ADOPTADAS

La exégesis de la norma muestra que la misma opera sobre dos magnitudes, cuales son el desempleo y la ocupabilidad, que confluyen en el declarado objetivo principal de que quienes están sin trabajo lo encuentren en el menor tiempo posible. Y desde esta perspectiva se deduce precisamente su característica principal, al apostarse por enlazar la protección por desempleo con la política activa de empleo (a través o por medio de acciones formativas, fomento de la movilidad, mejora del perfil profesional, estímulos personalizados, etcétera). Puede decirse por ello que, en cierta medida, aparece un triunfo de lo individual sobre lo social ²⁸.

1. Objetivos de la reforma.

Para conseguir esa finalidad la norma vertebró su contenido alrededor de cuatro ejes (o fines) auxiliares, con los que se enlazan las principales medidas puestas en práctica, y que son destacadas particularmente en el preludio que precede al articulado:

1. Facilitar oportunidades de empleo para todas las personas que deseen incorporarse al mercado de trabajo.

Son varias las figuras o medidas que se autoproclaman deudoras de tan importante y loable finalidad (no se olvide: presente en nuestra Constitución, en el Tratado de la Unión Europea y en todos los modernos instrumentos internacionales de Derechos Económicos y Sociales). Entre ellas pueden mencionarse las siguientes:

- El «compromiso de actividad», por el que se traslada a los Servicios Públicos de Empleo la determinación del mejor itinerario de inserción que esté acorde con las capacidades profesionales y aptitudes para el trabajo.

²⁸ Muestra de ello es que se confía más en el esfuerzo del sujeto que en la actuación colectiva; casi podía decirse que lo contractual desplaza a lo normativo. Así, constituye ejemplo inmejorable de ello el «compromiso de actividad».

- El apoyo a la movilidad geográfica, potenciando ayudas para facilitarla a cuantos beneficiarios de prestaciones deseen trabajar en otros lugares que presenten mejores oportunidades de empleo.
- La redefinición del concepto de «colocación adecuada», en el que es determinante que los Servicios Públicos de Empleo pueden valorar dicha adecuación en función de las circunstancias personales, profesionales y la facilidad de desplazamiento al lugar de trabajo.
- El establecimiento de la compatibilidad de una parte del subsidio por desempleo de los beneficiarios mayores de 52 años con el trabajo por cuenta ajena, permitiendo así acumular períodos de cotización y recuperar carreras de seguro teniendo en un futuro el derecho a una mejor pensión de jubilación.
- La capitalización del desempleo, de modo que los desempleados que deseen formar parte de una sociedad anónima laboral o constituirse como socios trabajadores o socios de trabajo de cooperativas y opten por utilizar para ello la prestación pendiente de percibir, puedan percibir la capitalización como pago único, destinado íntegramente a la inversión, o como pago periódico para abonar las cotizaciones a la Seguridad Social. Posibilidad esta última que se abre también a los perceptores que deseen establecerse como autónomos, salvo que se trate de personas discapacitadas, en cuyo caso su régimen será el indicado para las incorporaciones a empresas de economía social.

2. Mejorar el funcionamiento del mercado de trabajo.

El predominio de los enfoques económicos a la hora de definir o delimitar las realidades laborales sobre las que operan las normas encuentra en esta segunda finalidad particular un inmejorable ejemplo; así, la referencia al «mercado de trabajo» sirve para aglutinar decisiones tan heterogéneas como las siguientes:

- El cobro de la prestación por desempleo desde que se cesa en el trabajo por despido, con independencia de su impugnación, posibilitando la existencia de ingresos en el período que medie entre el despido y la conciliación o la sentencia.
- La posible compatibilidad del desempleo con trabajo en PYMES cuyos empleados estén realizando tareas formativas.
- Las bonificaciones en la contratación de mujeres paradas que han dado a luz en los últimos veinticuatro meses.

3. Corregir disfunciones en la protección por desempleo.

Éste es un capítulo donde las medidas más concretas quizá pueden legitimarse, desde la óptica de la extraordinaria y urgente necesidad, por la conveniencia de conceder o retirar protección a los diversos colectivos afectados por ellas. Entre las adoptadas destacan las siguientes:

- La acomodación de las normas de desempleo al concepto de fijo discontinuo.
- La reordenación del subsidio para emigrantes retornados, reservando el subsidio específico a los que han trabajado al menos un año en países con los que España no tiene Convenio en esta materia, y estableciendo para los demás la posibilidad de incorporarse al Programa de Renta Activa de Inserción.
- La precisión de qué son rentas a efectos del subsidio por desempleo.
- El juego del salario por vacaciones incluido en el finiquito.
- La reordenación del régimen aplicable a los trabajadores eventuales agrarios.

4. Ampliar la protección a nuevos colectivos.

En fin, con independencia de los requisitos exigidos para ello, es lo cierto que también se extiende la protección por desempleo en ciertos casos:

- Estableciendo una prestación contributiva por desempleo para los trabajadores eventuales agrarios del conjunto del territorio español (no sólo a los que laboren en Extremadura o Andalucía).
- Regulando el programa de Renta Activa de Inserción, ampliando para 2002 el acceso a los parados que, teniendo más de cuarenta y cinco años, lleven más de doce meses en situación de desempleo, aun cuando no hubieran percibido prestación anteriormente; o a parados de cualquier edad que sean discapacitados, emigrantes retornados o víctimas de violencia doméstica.

2. Caracterización técnico-jurídica.

Al margen de que respecto de cada una de tales medidas se tenga mucho que decir, en este momento nos parece oportuno centrar la atención en la crítica que deba hacerse sobre algunas cuestiones de técnica jurídica que convendría mejorar, sea en la tramitación legislativa de la norma o mediante la actividad reglamentaria que propicie el Gobierno en ejercicio legítimo de sus competencias ²⁹.

- a) Así, por lo pronto, cuando se modifica con la profundidad que se hace el régimen (de las consecuencias) del despido, únicamente se ha pensado en la norma sustantiva (ET), olvi-

²⁹ Resáltese que en diversos pasajes de la norma se faculta al Gobierno para el desarrollo reglamentario.

dando la adjetiva (LPL). Y todo ello con independencia de que tanto los artículos reformados del ET (por ejemplo, el art. 57) como de la LGSS (véase el 209.5) contengan previsiones que bien pudieran albergarse en la norma procesal ³⁰.

- b) De otro lado, se retocan aspectos importantísimos sobre el papel de la Entidad Gestora del desempleo (el INEM, al día de hoy), pero sólo se actúa sobre la norma reguladora de las políticas pasivas (LGSS) y no de las activas (LBE) ³¹.
- c) Igualmente se introducen más cambios sustantivos en la protección por desempleo, pero los aspectos procedimentales se marginan, lo que resalta la obsolescencia del Reglamento aprobado mediante Real Decreto 625/1985, de 2 de abril. Su desfase con la norma sustantiva (ahora la LGSS, antes la Ley 31/1984, de 2 de agosto) aumenta a medida que la misma ha ido siendo modificada de manera reiterada, no siempre ordenada, lo que explica que los Tribunales (incluyendo el Supremo) hayan debido pronunciarse acerca de múltiples cuestiones interpretativas, o que las Circulares del INEM hayan ido llevando a cabo una tarea integradora y actualizadora no siempre pacífica ³².
- d) Se modifica el Programa de Fomento de Empleo (incluido en la Ley 12/2001, prorrogado y retocado por la Ley 24/2001), sin que ni siquiera hayan transcurrido seis meses desde su vigencia ³³.
- e) Se actúa *por elevación*, utilizando innecesariamente el ropaje de una norma con tan elevado rango normativo para cuestiones que años anteriores se han regulado mediante norma reglamentaria o, incluso, son referidas por el propio RD-Ley a lo que establezca el Gobierno ³⁴.

³⁰ Esta falta de atención a lo procedimental, en una figura como el despido, debe remediarse de inmediato pues provoca múltiples dudas y discordancias; al efecto, tanto vale que la Ley resultante de la tramitación parlamentaria acabe asumiendo la tarea de reformar la LPL cuanto que conceda un plazo breve al Gobierno para que realice la necesaria acomodación.

³¹ Es verdad que el mismo día 24 de mayo aprobó el Gobierno un «Anteproyecto de Ley de Empleo», pero las disfunciones en tanto se convierte en Ley son inevitables; el RD-Ley 5/2002 presupone un INEM bastante distinto del que existe en la realidad.

³² La letra c) de la Disposición Derogatoria Única del RD-Ley ha tenido que referirse de modo expreso a la derogación expresa de las letras c), d) y e) del apartado 1 del artículo 1 del RD 625/1985, de 2 de abril, que desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo y las propias *Instrucciones Provisionales* del INEM se preocupan de advertir sobre determinadas previsiones reglamentarias incompatibles con la nueva regulación legal.

³³ Al margen del beneficio inducido que para los asesores de empresas pueda comportar la incertidumbre acerca del tenor de las medidas de fomento del empleo vigentes en cada instante, es claro que un mínimo de estabilidad resulta exigible también en esta cuestión.

³⁴ Por ejemplo, se modifica la LGSS para incorporar una habilitación al Gobierno y en el mismo RD-Ley se desarrolla la misma; haciendo bueno el dicho de que «a grandes males grandes remedios», la operación jurídica se completa con la simultánea habilitación al Gobierno para que modifique ciertos extremos regulados en el propio RD-Ley.

De este modo, pueden observarse hasta tres distintas operaciones jurídicas: 1.ª) El RD-Ley modifica la LGSS y ésta habilita al Gobierno para que desarrolle determinada materia. 2.ª) En el mismo RD-Ley el Gobierno (pero con rango de Ley) lleva a cabo el desarrollo esperado. 3.ª) El desarrollo en cuestión autoriza al Gobierno a que (mediante simple Real Decreto) modifique su contenido.

Una complejidad innecesaria y, sobre todo, un escaso rigor en la puesta en juego del envoltorio normativo adecuado parece detectarse en todo ello.

- f) Se clarifican diversas figuras preexistentes (rentas a efectos del subsidio, colocación adecuada, subsidio para emigrantes retornados), generalmente abrogando criterios jurisprudenciales flexibles, pero se introducen dudas de superior calado (situación durante el período de vacaciones ficticias, protección a despedidos que carecen de desempleo y esperan sentencia, funcionalidad del eventual discontinuo a efectos de desempleo, desdibujamiento de la capitalización por desempleo, alcance de la transitoriedad para desempleo agrario anterior, etc.).
- g) En particular, una institución crucial en todo sistema de relaciones laborales, como es el despido, se modifica de manera capital pero sin contemplar todos los efectos colaterales que de ello se siguen. Así, por citar un ejemplo, podría preguntarse si desaparece la responsabilidad del Estado en el abono de salarios de tramitación cuando, en un despido improcedente con readmisión, transcurre el plazo de sesenta días hábiles que contemplaba el artículo 57 ET³⁵; o qué sucede cuando hay readmisión por mandato del convenio colectivo³⁶. O, igualmente surge la duda sobre la posibilidad de que la negociación colectiva (preexistente o futura) altere el diseño legal respecto de ciertos aspectos (por ejemplo, para imponer la existencia de salarios de tramitación en los despidos improcedentes sin readmisión)³⁷, por no citar las repercusiones que en plano tributario pueden existir alrededor del pago de la indemnización por despido improcedente.
- h) Queriéndolo o no, el RD-Ley 5/2002 profundiza en la línea de relegación del poder legislativo que en temas laborales y de Seguridad Social viene observándose; son Reales Decretos-Leyes o Leyes de Acompañamiento las fuentes habituales de generación de novedades en los últimos años, por más que en ocasiones se limiten a reproducir el contenido de previos Pactos sociales³⁸.

En definitiva, puede convenirse en una norma que presenta grandes dosis de heterogeneidad y apresuramiento en su conformación, en unos casos abordando materias mediante desarrollos pormenorizados, fácilmente extrapolables al texto legal definitivo, pero en otras únicamente se apuntan directrices excesivamente básicas a pesar del enorme calado de las modificaciones abordadas.

³⁵ Este precepto omite la cuestión, pero no otros muchos (incluso de rango legal) que podemos entender tácitamente derogados (lo que desincentivaría la readmisión, claramente) o subsistentes por no estar contradichos de manera frontal; véanse los artículos 116 y ss. LPL. Resulta inadmisibile el silencio al respecto.

³⁶ Se olvida, en todo caso, que también puede proceder la readmisión porque así lo decida un trabajador (no representante) en función de las previsiones convencionales, y la norma guarda silencio respecto a si se devengan salarios de tramitación en ese supuesto. Debe entenderse que sí, pero es pertinente deducir que no sobraría la aclaración.

³⁷ La respuesta dependerá de que se considere que estamos ante normas de orden público (esa impresión puede producir el diseño normativo en el tema expuesto) o ante prescripciones mejorables por otras alternativas.

³⁸ Lo que deseamos poner de relieve es la escasa importancia real que está teniendo el debate (en las Cortes Generales) para elaborar normas con rango de Ley; una práctica que produce el espejismo de que las normas laborales pertenecen a un campo específico (con usos privativos) y que ayuda poco a la labor interpretativa de las Leyes, además de privar a las distintas opciones políticas de la posibilidad de defender sus propias opciones. Véase lo dicho en la Introducción.

IV. EL DESPIDO Y LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN

Las dificultades de técnica normativa reseñadas (de redacción, de sistemática, de contenido, de concordancia) aconseja que el examen del contenido del RD-Ley 5/2002 se lleve a cabo, de manera diferenciada, alrededor de los distintos núcleos temáticos diferenciados, comenzando por éste de los salarios de tramitación y del despido.

Al ser relevante la modificación alcanza sumo interés la aclaración de que entró en vigor el (domingo) 26 de mayo de 2002 (Disposición final segunda. Dos), clarificando la Disposición transitoria primera el antes y el después de las situaciones extintivas producidas. Las extinciones de contratos de trabajo que se hubieran producido con anterioridad a esta fecha continúan rigiéndose, en lo referente a sus aspectos sustantivo y procesal, «por las disposiciones vigentes en la fecha en que hubieran tenido lugar dichas extinciones». *Sensu contrario* ha de entenderse que las extinciones contractuales acaecidas desde la vigencia de esta norma se sujetan a las discutidas novedades que se presentan ahora, básicamente referidas a que sólo se devenguen salarios de tramitación cuando el proceso finaliza con la readmisión del trabajador, produciéndose, en consecuencia, una notable simplificación del régimen jurídico.

La medida se inscribe entre las destinadas a «mejorar el funcionamiento del mercado de trabajo», quizá porque al saber la empresa que (salvo que haya incurrido en la figura del despido nulo) el coste de la extinción injusta está ya devengado con el cese, podrá adelantar (en su caso) la contratación de un nuevo trabajador ³⁹.

1. Despidos improcedentes con y sin readmisión.

Los salarios de tramitación. Si consideramos el régimen hasta ahora vigente, cuando el despido se declaraba como improcedente, bajo el tenor del ahora modificado artículo 56.1 ET (al que sigue congruentemente el art. 110.1 LPL), deparaba como efectos que el empresario tuviera que abonar los denominados «salarios de tramitación», entendiendo por tales los dejados de percibir desde el despido hasta la notificación de la sentencia que declare su improcedencia ⁴⁰, y ello cualquiera que sea el sentido de

³⁹ Aunque se desprendan otras posibilidades: porque el despedido ya sepa que (en la mayoría de los casos) no percibirá esos salarios de tramitación (sino sólo, en su caso, la prestación por desempleo) y avivará su búsqueda de nueva actividad productiva. O, por qué no, por ambos motivos.

⁴⁰ Todo ello sin perjuicio de la obligación que igualmente se exigía de «mantener en alta» en Seguridad Social al trabajador, cotizando él y deduciendo la cuota del trabajador de los salarios de tramitación mientras deba éstos; entre otros muchos, *cfr.* M. ALONSO OLEA y M.E. CASAS BAAMONDE: «La improcedencia del despido (en torno al art. 56)», en AA.VV.: *El Estatuto de los Trabajadores veinte años después*, en *REDT*, núm. 100, marzo/agosto 2000, pp. 1161 y ss.

la opción (indemnización o readmisión) ⁴¹. Por ello, se hace patente que estos salarios de trámite suponen una carga para la empresa de manera que en muchas ocasiones (en función de la mayor o menor duración del previo período de servicios) acababan teniendo cuantía superior a la propia indemnización.

Supresión generalizada de estos salarios. Pues bien, el RD-Ley que comentamos propicia la modificación (por mor de su art. segundo) de los apartados 1 y 2 del artículo 56 ET, de modo que si la empresa opta, tras la sentencia que califica su despido como improcedente, por el abono de la indemnización se omite del texto legal la precedente referencia al abono de los salarios de tramitación. Examínese con reposo el tenor de la nueva regla: «1. Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o la extinción del contrato con abono de una indemnización. El abono de la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo». Aunque no esté expresamente dispuesto, es claro que la misma consecuencia (inexistencia de salarios de tramitación) se sigue cuando no se llega a la fase de sentencia, por reconocerse antes que el despido es improcedente ⁴².

Los grandes beneficiarios por esta eliminación de los salarios de tramitación en despidos indemnizados son las empresas y el Estado, pues sabido es que, según el anterior artículo 57 ET, el importe de tales salarios se asumía por las primeras sólo hasta que hayan transcurrido más de sesenta días hábiles desde que se presentó la demanda, a partir de cuyo instante el empresario podía reclamar del Estado el abono de la percepción económica correspondiente al tiempo que excediera de dichos días; al mismo tiempo, el pago de tales salarios comportaba también la obligación de cotizar por ellos, determinando igualmente el reparto según el plazo referido ⁴³.

⁴¹ No es pacífica, por lo demás, la discusión doctrinal acerca de la naturaleza que representa esta partida, proponiendo unos la salarial (F. GÁRATE CASTRO: *Los salarios de tramitación*, ACARL, Madrid, 1994) y, otros, la indemnizatoria (por todos, M. ALONSO OLEA y M.E. CASAS BAAMONDE: «La improcedencia...», ob. cit., p. 1.166). Por su lado B. RÍOS SALMERÓN, en AA.VV.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, Pamplona, 4.ª ed., 2001, p. 384, que lo preferible es que los salarios de trámite reciban, hasta donde sea posible, el tratamiento que otorgamos a los salarios normales, sobre todo si se tiene en cuenta la obligación que existe de mantener al despedido en alta en Seguridad Social.

⁴² La regulación precedente, producto de la reforma laboral operada en 1994, reducía el pago de los salarios de tramitación por varias vías, una de las cuales era cuando el empresario, en el acto de intento de conciliación, reconocía la improcedencia del despido y subsiguiente depósito de la indemnización básica, en el plazo de cuarenta y ocho horas, a disposición del trabajador despedido; ello suponía que los salarios debidos eran únicamente los que iban desde el día del despido a aquel otro en que se celebra el intento conciliatorio; con ello se pretendía dificultar demandas que se interpusieran con simple ánimo dilatorio, precisamente para que se devengaran salarios de sustanciación (Cfr: B. RÍOS SALMERÓN, en ob. cit., pp. 384 y 385). Con la nueva regulación, parece que se busca un motivo para que descienda la litigiosidad en materia de extinciones contractuales, especialmente si la jurisprudencia persiste en su idea de que no puede declararse la nulidad de un despido por fraude de ley.

⁴³ La problemática inicialmente surgida sobre si el Estado, declarado responsable del pago de los salarios de tramitación, debía también hacerse cargo de las cotizaciones a la Seguridad Social correspondientes a dichos salarios, fue definitivamente resuelta mediante la expresa indicación en el ET, incorporado por virtud de la DA 20 de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990. Sobre este tema *vid.* V. DE LA CRUZ PACHECO: «Las consecuencias del despido sobre altas, bajas, y cotizaciones en el sistema de Seguridad Social», en AA.VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, ACARL, Madrid, 1992, pp. 625 y ss. J. GÁRATE CASTRO: *Los salarios...*, ob. cit., pp. 73 y 74. L.R.

A la inversa, los grandes perjudicados son los trabajadores despedidos (en mayor proporción cuanto menor sea su tiempo de servicios prestados a la empresa). La protección por desempleo comienza a consumirse (y finaliza) antes, la cuantía de ésta es inferior al salario habitual ⁴⁴, el período de salarios de tramitación ya no cotiza del mismo modo a la Seguridad Social que el de la prestación por desempleo; además, naturalmente, la prestación por desempleo sólo se lucra si previamente se ha completado el período de carencia (que permanece inmodificado), siendo perfectamente posible que al despido no le siga protección de carácter contributivo ⁴⁵.

La disyuntiva ante un despido improcedente. Por su parte, la nueva redacción del apartado 2 del artículo 56 ET aclara el distinto alcance que poseen la readmisión y la indemnización. En el caso de readmisión, produciendo los efectos que incorpora al nuevo artículo 57 («Efectos de la readmisión»); en el caso de indemnización «ésta consistirá en una cantidad de cuarenta y cinco días de salario, por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades», para a continuación aludir, en párrafo diferenciado, a una cuestión procesal sobre el contenido necesario de la sentencia dictada en pleito sobre despido («La sentencia que declare la improcedencia del despido determinará las cantidades que resulten tanto por los salarios dejados de percibir como por la indemnización» ⁴⁶), denotando una vez más la imposibilidad de separar en este tema las cuestiones sustantivas y las adjetivas.

Efectos de la readmisión. También opera la reforma sobre la redacción del artículo 57 ET, cuyo nuevo texto contempla los efectos de la readmisión, bajo la distribución en tres apartados. Se parte, en el primero, por equiparar los supuestos de nulidad con los de improcedencia, reconociendo el derecho del trabajador a los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia, reflejando *in fine* «que serán fijados en ésta [la sentencia] al declarar su nulidad o improcedencia».

En el segundo apartado de este último precepto resulta curioso que la nueva norma regule con más exactitud que la (previsión) de Seguridad Social los efectos de la readmisión caso de que el trabajador hubiera percibido prestaciones por desempleo durante el período que se devenguen salarios de tramitación. En efecto, la nueva letra g) que se incorpora al artículo 230 LGSS (art. primero, nueve del RD-Ley) establece la obligación de los empresarios de «reintegrar» a la Entidad Gestora las prestaciones por desempleo y efectuar las cotizaciones si procede abono de los salarios de tra-

MARTÍNEZ GARRIDO: «Problemas puntuales de las causas por despido y reclamación al Estado de los salarios de tramitación», en AA.VV.: *La Ley de Procedimiento Laboral de 1990. Experiencias aplicativas y evaluación crítica*, CGPJ, Madrid, 1993, pp. 31 y 32. Más recientemente, A. DE MIGUEL LORENZO: «Pago por el Estado de salarios de tramitación (En torno al artículo 57)», en AA.VV.: *El Estatuto...*, ob. cit., pp. 1.176 y 1.177.

⁴⁴ Salvo supuestos excepcionales en los que el trabajador hubiera variado de base de cotización durante los últimos meses, desde una más alta hasta otra más baja.

⁴⁵ El subsidio podrá nacer o no en función de variables más complejas; aunque las exigencias de contributividad son (lógicamente) menores aparecen otros requisitos que también pueden determinar su inexistencia.

⁴⁶ Este contenido necesario de la sentencia brinda seguridad jurídica a la empresa (de manera refleja, también al trabajador) acerca de las consecuencias patrimoniales de su opción. La empresa ha de cuantificar (en euros) el importe exacto de la indemnización y el de los salarios de tramitación por el tiempo ya transcurrido, añadiendo el módulo diario de éstos a fin de que puedan determinarse los que median desde la fecha de la sentencia hasta la de su notificación (como indica el ET) o la readmisión (como sería lógico).

mitación al despido que ya hubiera cobrado las prestaciones; lo cierto es que como bien se dice en el artículo 57.2 ET (además de en el 209.5 LGSS), lo que ha de hacer la empresa es «ingresar» esas cuantías, ya que mal puede reintegrar quien no percibió nada antes. En consonancia con ello, el artículo 57.2 ET determina que:

«Cuando, durante dicho período [desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia], el trabajador hubiera percibido prestaciones por desempleo, la Entidad Gestora cesará en su abono y reclamará las cotizaciones a la Seguridad Social efectuadas, debiendo el empresario ingresar a la Entidad Gestora las cantidades percibidas por el trabajador, deduciéndolas de los salarios dejados de percibir con el límite de la suma de los mismos.

Si el trabajador hubiera encontrado otro empleo con anterioridad a la sentencia y se probase por el empresario lo percibido, éste lo podrá descontar de los salarios dejados de percibir».

En fin, el tercer apartado del nuevo artículo 57 ET es de tipo genérico, determinando que en cualquier caso de readmisión, el empresario debe instar el alta del trabajador en la Seguridad Social «con efectos desde la fecha del despido cotizando por ese período, que se considerará de ocupación cotizada a todos los efectos».

Corolario de la conjunción de las previsiones de este novedoso artículo 57 ET con las correspondientes de la LGSS, es que, tras el despido, la empresa debe cursar la baja del trabajador ante la TGSS; que el Servicio Público de Empleo comienza el abono de la prestación por desempleo (si el trabajador la solicita y cumple los requisitos) inmediatamente después de la extinción contractual; que si posteriormente hay una sentencia que desemboca en la readmisión del trabajador, la empresa cursa el alta con efectos retroactivos, abona los salarios de tramitación y sus correspondientes cotizaciones, mientras que el Servicio Público de Empleo reclama de la TGSS el reintegro de las cotizaciones satisfechas, y de la empresa el importe de la prestación abonada ⁴⁷.

2. Despidos nulos.

En cuanto a los despidos nulos, la nueva redacción del artículo 55.6 ET parifica sus efectos con los expuestos respecto del improcedente con readmisión («*El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, quien tendrá derecho a los salarios dejados de percibir en los términos previstos en el artículo 57 de esta Ley*»). Pero téngase en cuenta que esa equiparación no se traslada a otros aspectos (v. gr.: eventual indemnización adicional en despidos con violación de derechos fundamentales, ejecución de la sentencia en sus propios términos, etc.).

⁴⁷ La aplicación de estas previsiones puede dar lugar a diversos supuestos problemáticos (desavenencias acerca de las respectivas obligaciones o incumplimiento de las mismas) cuyo examen nos excede ahora.

3. Despido procedente.

Por otra parte, la nueva redacción del artículo 55.7 ET omite los salarios de tramitación como concepto excluido (que, desde luego, lo está) en los supuestos de despido procedente, como lógica consecuencia de lo innecesario de esta precisión («*El despido procedente convalidará la extinción del contrato de trabajo que con aquél se produjo, sin derecho a indemnización*»).

4. Las repercusiones sobre el FOGASA.

Por último, la incidencia que todo ello representa sobre el Fondo de Garantía Salarial supone que también el artículo 33.1 ET experimente modificación, de forma que, además de actualizar la referencia al Ministerio del que depende, se restrinja el alcance de su responsabilidad por la vía de eliminar los salarios de tramitación:

«1. El Fondo de Garantía Salarial, Organismo Autónomo dependiente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, con personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, abonará a los trabajadores el importe de los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores de los empresarios.

A los anteriores efectos se considerará salario la cantidad reconocida como tal en acto de conciliación o en resolución judicial por todos los conceptos a que se refiere el artículo 26.1, sin que el Fondo pueda abonar un importe superior a la cantidad resultante de multiplicar el duplo de salario mínimo interprofesional diario por el número de días de salario pendiente de pago, con un máximo de ciento veinte días»

Mas esta eliminación que se hace no es comprensible. En la medida en que subsisten (aunque restringidos a los casos en que haya readmisión) tales salarios de tramitación, es claro el riesgo de que la empresa obligada al pago atraviese por una situación crítica que dificulte o impida su abono. Dejar sin cobertura esos casos, además de plantear problemas en relación con normas internacionales y comunitarias, carece de lógica, pues no concuerda con ninguno de los objetivos del RD-Ley. No satisface la objeción de que el trabajador ha debido percibir la prestación por desempleo, porque la misma puede ser inexistente (tal sería el caso en que no se hubiera cubierto el período de carencia) o insuficiente (por haberse prolongado menos que la tramitación del despido que finaliza con readmisión) ⁴⁸.

⁴⁸ Puesto que ahora ya sólo se devengan salarios de tramitación en los casos en que se produce la readmisión, quizá lo procedente es replantear su naturaleza jurídica y defender abiertamente la salarial, con el consiguiente efecto de que el Fondo protegería su abono en los mismos términos que si se hubiere trabajado efectivamente.

V. LA PRESTACIÓN CONTRIBUTIVA POR DESEMPLEO

En esta materia aparecen tanto las novedades derivadas del nuevo diseño en materia de despidos cuanto las directamente dirigidas a operar sobre determinados aspectos de la protección del desempleo, reflejadas en su distinta intensidad mediante diversas modificaciones de la LGSS (art. primero del RD-Ley).

1. La situación legal de desempleo.

Situación preexistente. Conforme a las previsiones de la LGSS, la protección por desempleo se estructura en un doble nivel, contributivo y asistencial, reuniendo ambos el carácter de público y obligatorio (art. 204 LGSS). El primero de ellos (contributivo) tiene por objeto proporcionar al trabajador prestaciones sustitutivas de las rentas salariales dejadas de percibir como consecuencia de la pérdida de un empleo anterior o la reducción de la jornada, y se conceden cumpliendo los requisitos recogidos en el artículo 207 LGSS, que hasta el momento se ceñían a que el parado estuviera afiliado y en alta, o situación asimilada, y tuviera cubierto el período de cotización de trescientos sesenta días, como mínimo, y no necesariamente continuados, en los seis años anteriores a la situación de desempleo o al cese en la obligación de cotizar; encontrarse «inscrito» (como parado) en la oficina de empleo, como requisito formal que, de no haberse cumplido previamente, va implícito en la solicitud del reconocimiento del derecho (art. 209.1 LGSS); y, por último, encontrarse en situación legal de desempleo y no haber cumplido la edad ordinaria de jubilación, salvo que no acredite el tiempo carencial necesario para ésta, o se trate de suspensiones de contrato o reducciones de jornada ⁴⁹.

La protección suministrada en este nivel comprende, además de la prestación económica por desempleo total o parcial ⁵⁰, el abono por la Entidad Gestora de la aportación de la empresa corres-

⁴⁹ Por todos, F. CAVAS MARTÍNEZ en *Curso de Seguridad Social* (Dir. A. MONTOYA MELGAR), 2.ª edición, Universidad Complutense, Madrid 2000, p. 529.

⁵⁰ Calculada aplicando ciertos porcentajes a una base reguladora (art. 211 LGSS; art. 4 RD 625/1985). La base reguladora se deduce del salario promedio de las bases de cotización (que son las mismas que las de AT y EP, deduciendo la cuantía que corresponda a horas extraordinarias) durante los últimos ciento ochenta días que preceden al día en que se haya producido la situación legal de desempleo o al del que cesó la obligación de cotizar. Sobre esta base se aplican los siguientes porcentajes: 70 por 100 durante los 180 primeros días; 60 por 100 a partir del 181. La cuantía resultante no puede ser superior al 170 por 100 del SMI (195% con un hijo a cargo y 220% con dos o más hijos –incluidos los acogidos–, siempre que sean menores de veintiséis años o mayores incapacitados, carezcan de rentas superiores al salario mínimo y convivan con el beneficiario, salvo que exista obligación de alimentos), ni inferior al 100 por 100 o el 75 por 100 del SMI, según que el trabajador tenga o no, respectivamente, hijos a su cargo.

A los efectos de calcular las cuantías mínima y máxima de la prestación por desempleo, el SMI a tener en consideración es el vigente cuando nazca el derecho, incrementado en la parte proporcional de dos pagas extraordinarias de treinta días cada una de ellas. En caso de desempleo por pérdida de un trabajo a tiempo parcial, las cuantías mínima y máxima se determinarán teniendo en cuenta el SMI que hubiera correspondido al trabajador en función de las horas trabajadas.

En cuanto a la duración, se liga estrechamente en la LGSS al tiempo de cotización durante los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar, excluyéndose las cotizaciones por pagas extraordinarias; el cuadro del artículo 210.1 LGSS tiene un primer tramo que va desde 360 días a 539 de cotización (120 días de prestación) y un último que supera los 2.160 días de cotización (720 días de prestación).

pondiente a las cotizaciones a la Seguridad Social durante la percepción de las prestaciones por desempleo, así como el complemento de la aportación del trabajador (art. 206.1.1 LGSS). En los supuestos de reducción de jornada o suspensión del contrato, la Entidad Gestora ingresará únicamente la aportación del trabajador previo descuento de su importe de la prestación (art. 214 LGSS) ⁵¹.

La nueva regulación. La modificación que se produce en el artículo 207 c) LGSS precisa (complementándolo) el requisito de «*encontrarse en situación legal de desempleo*», enriqueciéndolo con la obligación adicional de «*acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada*». En línea con las ideas inspiradoras de la reforma, se sustituye la tradicional exigencia de hallarse en situación legal de desempleo por la, más compleja, de encontrarse en uno de tales supuestos y (de manera inescindible) acreditar disponibilidad a un doble efecto: buscar activamente empleo y aceptar colocación adecuada. Ello equivale, de un lado, a la obligación de participar en acciones de mejora de la ocupabilidad que determine el Servicio Público de Empleo y, de otro, que para ser beneficiario de estas prestaciones el interesado debe solicitar y suscribir un compromiso de actividad que se traduce en buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad.

Importa resaltar que de los términos en que se expresaban precedentemente los artículos 213 y concordantes LGSS ya se seguía este resultado; pero es significativo el cambio de actitud que ahora se preconiza en tanto que se trocan (en un plano más bien formal, es verdad) los deberes de origen normativo por otros interiorizados de manera individual, buscando la implicación del sujeto mediante su conducta positiva.

Inciendo en estas exigencias, el nuevo artículo 208.2.2 LGSS extrae las consecuencias de la configuración del propio hecho causante de la prestación por desempleo, viniendo a disponer que no hay verdadera situación legal de desempleo sin que se acredite la doble disponibilidad reseñada («*Cuando, aun encontrándose en alguna de las situaciones previstas en el apartado 1 anterior, no acrediten su disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada*»).

Situación legal de desempleo tras despido. El artículo 208.1.1 c) LGSS, en concordancia con los expuestos cambios en materia de despido, modifica la delineación legal de la situación legal de desempleo para referirse a ella (extinción de la relación laboral «por despido») de manera indiferenciada e irrestricta. Quieren significar estos dos calificativos lo siguiente: 1.º) Puesto que el despido nulo desemboca en la readmisión, tanto da que estemos ante despido procedente o improcedente (naturalmente, sin readmisión puesto que en este supuesto tampoco habría extinción contractual). 2.º) La distinción operada en el texto originario que ahora se modifica, entre despido procedente o improcedente, determinando para el primero la necesidad de sentencia del orden jurisdiccional social, desaparece en la actualidad, conviniéndose una única situación genérica por despido sin necesidad de complementaria exigencia.

⁵¹ Por todos, F. CAVAS MARTÍNEZ, *Curso de Seguridad Social*, cit., p. 533.

Reafirmando la idea anterior, el nuevo texto que se incorpora al artículo 209.4 LGSS precisa que la decisión del empresario de signo extintivo es, por sí misma, constitutiva de la situación legal de desempleo, «*sin necesidad de impugnación*». Teniendo en cuenta que podemos encontrarnos con despidos formalmente bien realizados, pero también con otros ayunos de forma escrita o incluso sin manifestación empresarial expresa, ha sido preciso determinar el modo en que se acredita esa situación legal de desempleo, al constituir un requisito procedimental imprescindible para que la prestación se devengue. Y, en concordancia con ello, se derogan las previsiones del Reglamento de protección por desempleo [arts. 1.1 c), d) y e)], quedando sin efecto reglas que han generado una amplia litigiosidad (v. gr.: los requisitos de la conciliación administrativa en que se reconoce la improcedencia del despido); en su lugar, la Disposición Transitoria segunda del RD-Ley establece que «*hasta tanto se desarrolle reglamentariamente*» la previsión legal, la existencia de situación legal de desempleo se acreditará mediante una de las dos vías que allí se delinean:

- Mediante la carta de despido. Se trata del camino más rápido (es el primer documento que acredita la extinción), aunque no siempre existe ni se ajusta a las exigencias legales.
- Una segunda opción apunta hacia «*el acta de conciliación administrativa o judicial o la resolución judicial declarando la procedencia o improcedencia del despido*»⁵².

Trabajadores fijos discontinuos. Mucho más discutible es la configuración de la situación legal de desempleo del nuevo artículo 208.1.4 LGSS, conforme a la cual sólo los fijos discontinuos inciertos están en situación legal de desempleo cuando carezcan de ocupación efectiva, y en los términos que reglamentariamente se establezcan⁵³.

La verdad es que, si se tiene en cuenta la remisión que genéricamente se hace al artículo 15.8 ET, permitiría comprender tanto a los fijos discontinuos que prestan su actividad en trabajos repetidos durante fechas ciertas (enseñanza, hostelería, etc.) como a los que desarrollan tareas que no gozan

⁵² Ha venido siendo interesante la solución que se daba a la situación de desempleo durante el recurso contra la sentencia de despido, conjugando las previsiones de los artículos 111 y 112 LPL con el artículo 208.1.1 LGSS.

La STS de 10 de marzo de 1998 (RJ 2380), con doctrina que posteriormente ratifica la de 27 de abril de 1998 (RJ 3871), concluía señalando que el despido improcedente «sólo da lugar a una situación de desempleo» que es la del artículo 208.1.1 c) LGSS, esto es, la situación ordinaria o tradicional. Para el TS, el artículo 111 LPL, a partir de la reforma de 1994, ajustó esta situación a la supresión de la ejecución provisional en los supuestos en los que se opta por la indemnización, aclarando que en este caso puede percibirse la prestación de desempleo durante la tramitación del recurso al no existir ya ejecución provisional. Sigue diciéndose que «la extinción del contrato de la que se deriva el desempleo es única –el despido improcedente–, y lo único que se concreta es el momento en que debe entenderse producida esta prestación. De esta forma, el precepto de la LPL no crea una nueva situación de desempleo distinta de la «normal u ordinaria», sino que «la situación es unitaria en su origen, que está determinado por la misma causa: un despido improcedente con no readmisión y lo único que se aclara es la fecha del comienzo del abono de prestaciones» (vid. J. GARCÍA MURCIA: «La protección por desempleo: un repaso de jurisprudencia reciente a la luz de los últimos cambios legales», en *AL*, núm. 48, semana 28 de diciembre 1998 al 3 de enero 1999, pp. 910-913).

⁵³ Probablemente el problema se halla no ya en la norma sobre el desempleo, sino en la norma laboral; la caprichosa (y borrosa) separación entre trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos, objeto de atormentadas y sucesivas reformas normativas, ha acabado por desembocar en una situación difícil de entender.

de tal fijeza (agricultura e industrias afines, pesca, etc.), en tanto que el precepto estatutario alude a unos (para remitirlos al régimen del trabajo a tiempo parcial) y a otros (para regularlos esquemáticamente). Por otro lado, la remisión de sólo uno de ambos colectivos al régimen reglamentario no tendría por qué significar que el otro quedara privado de la prestación por desempleo.

Todo hace pensar que la norma persigue dejar al margen de la prestación por desempleo, por el tiempo durante el que no desarrollan su actividad, a quienes realizan tareas en fechas ciertas; eso podría provocar la paradoja de que resultare más favorable la sujeción a contratos temporales discontinuos que a uno único e indefinido, opción que la relevante Disposición Adicional tercera del RD-Ley parece propiciar ⁵⁴.

2. Nacimiento de la prestación.

El nuevo artículo 209.1 LGSS, atinente a «*Solicitud y nacimiento del derecho a las prestaciones*», mantiene los principios de rogación ⁵⁵ y temporaneidad ⁵⁶ en orden al nacimiento del derecho a percibir la prestación por desempleo. Adicionalmente, descompone hasta tres deberes positivos el acto desencadenante del nacimiento: 1.º) el sujeto en cuestión ha de inscribirse como demandante de empleo ⁵⁷; 2.º) debe suscribir el compromiso de actividad ⁵⁸ y 3.º) ha de solicitar la prestación en sí misma.

Si la solicitud se presenta transcurrido el plazo de quince días desde la situación legal de desempleo, se mantiene sin modificación alguna la previsión por la que se determina el derecho al reconocimiento de la prestación a partir de la fecha de la solicitud, perdiendo tantos días como medien entre la fecha en que hubiera tenido lugar el nacimiento del derecho de haberse efectuado en tiempo y forma y aquella en que efectivamente se hubiese formulado la solicitud.

Por otra parte, la nueva redacción del artículo 209.3 LGSS ⁵⁹ viene a postergar el inicio de la prestación por desempleo «*en el caso de que el período que corresponde a las vacaciones anuales*

⁵⁴ Los convenios colectivos podrían tomar cartas en el asunto para intentar conciliar protección por desempleo (a quien hubiera cubierto el período de carencia) y conservación del trabajo (mediante la fijación de un derecho a la recontractación), pero la severa doctrina de la STS de 17 de diciembre de 2001 (RJ 2002, rec. 68/2001) parece cerrar ese camino.

⁵⁵ En tanto que el reconocimiento al derecho a las prestaciones debe solicitarse expresamente, sin que se reconozca de oficio o a instancia de terceros.

⁵⁶ El derecho a percibir la prestación nacerá a partir de que se produzca la situación legal de desempleo, siempre que se solicite dentro del plazo de los quince días siguientes.

⁵⁷ Es destacable la diferencia que se mantiene con la redacción del texto modificado. Mientras que la actual se expresa en el sentido de que «*La solicitud requerirá la inscripción como demandante de empleo...*», la precedente señalaba que «*La solicitud implicará la inscripción...*», denotando que se exige un comportamiento positivo y expreso del individuo en cuestión a fin de implicarlo y movilizarlo en la resolución del problema que tiene, sin que opere simultáneamente la inscripción y solicitud.

⁵⁸ Las obligaciones inherentes al compromiso no son sustancialmente nuevas de las antes contempladas por el artículo 213 LGSS, aunque resulte cierto que su ubicación sistemática era del todo inadecuada.

⁵⁹ La derogación del precepto precedente (acerca del nacimiento de la prestación por desempleo) confirma la idea de la parificación en el régimen de desempleo aplicable a los despidos sin readmisión, sea cual sea su calificación; dicho fron-

*retribuidas no haya sido disfrutado con anterioridad a la finalización de la relación laboral» y hasta tanto transcurra el mismo. Mediante esta *fictio iuris*, lo que se hace es demorar el inicio de la protección por desempleo hasta que el trabajador deje de obtener ingresos derivados de su trabajo, con el poderoso argumento de que estamos ante «*períodos de descanso computables como de trabajo*» que ya se retribuyen con el correspondiente salario (arts. 26.1 y 38.1 ET); lo que sucede es que la previsión precisa de preceptos complementarios para resolver las dudas que inicialmente plantea.*

Es seguro que las cantidades abonadas en concepto de vacaciones (devengadas durante los meses precedentes) han de incluirse en la base de cotización (pudiendo surgir problemas que no son nuevos y han dado lugar a diversos pronunciamientos de los tribunales y de la TGSS) y que el contrato finaliza en el momento en que el despido adquiere eficacia (*cfr.* art. 56.1 ET)⁶⁰, pero al retirar durante estos días (teóricamente vacacionales) la protección de los salarios de tramitación y del desempleo debe quedar claro que estamos ante período de ocupación cotizada y ante trabajador en situación asimilada al alta. La medida en sí pretende evitar un teórico doble cobro (vacación y desempleo), pero posee escasa trascendencia práctica; desde luego, en estos casos, el derecho a percibir la retribución del período vacacional devengado no desaparece aunque inmediatamente después de extinguirse el contrato el trabajador acceda a otro empleo, sin solución de continuidad, pues la regla sólo juega respecto de la prestación por desempleo y no existe prohibición (en norma interna, ni internacional) que lo impida.

3. Prestación por desempleo y despido.

El nuevo artículo 209.4 LGSS viene a incidir sobre este importante aspecto, disponiendo lo siguiente: «*En el supuesto de despido o extinción de la relación laboral, la decisión del empresario de extinguir dicha relación se entenderá, por sí misma y sin necesidad de impugnación, como causa de situación legal de desempleo. El ejercicio de la acción contra el despido o extinción no impedirá que se produzca el nacimiento del derecho a la prestación*».

Puede decirse que esta previsión constituye una pieza básica en el diseño conjunto de despido, salarios de tramitación y desempleo que se traza; la norma consagra el principio de inmediatez⁶¹ en el devengo de la prestación, atribuyendo ejecutividad inmediata a la decisión empresarial extinti-

talmente: se ha eliminado el «período de espera de tres meses» (contados desde la sentencia judicial) que retrasaba el comienzo del cobro de la prestación en los casos de despido procedente. Ahora aumentan las dudas hacia la coherencia de una construcción legal que protege (en pie de igualdad con los injustamente despedidos) a los trabajadores incumplidores (que merecen el despido) o a los representantes que poseen derecho a la readmisión pero prefieren la indemnización [confirma ello la Disposición Transitoria segunda, apartado b) del RD-Ley] y no a los que se limitan a dimitir de su empleo.

⁶⁰ Ello, al margen de la innegable mezquindad que comporta la previsión; hay que insistir en la idea de que el contrato se extingue cuando el despido produce sus efectos; en modo alguno hay una prolongación de la relación laboral durante los días retribuidos con el salario correspondiente a las vacaciones; estamos ante una (ficción o) medida que opera a efectos del desempleo, no del contrato de trabajo.

⁶¹ Desde ciertos medios (alguno oficioso) se habla de principio de automaticidad, lo que resulta bastante inconveniente pues como tal siempre se ha identificado el recogido por el artículo 220 LGSS (que lo acoge en su propia rúbrica).

va ⁶². Esa virtualidad lo es a efectos de determinar la situación legal de desempleo y el momento en que nace el derecho a percibir la prestación, pero no propicia la existencia del hecho causante, necesitada de otros elementos (las solicitudes ya vistas, el período de carencia, etc.).

El añadido apartado 5 del artículo 209 LGSS es de signo parcialmente procesal, regulador de algunas consecuencias aplicables a los casos en que se hayan seguido «procedimientos de despido»: a) si hay indemnización se devenga desempleo desde la fecha de cese efectivo en el trabajo ⁶³; b) si hay readmisión (real o ficticia, conforme al art. 282 LPL) el Servicio Público de Empleo paraliza el abono de la prestación y se propicia una especie de *restitutio in integrum* para que los sujetos implicados (Servicio Público de Empleo, TGSS, empresa, trabajador) asuman las obligaciones correspondientes ⁶⁴.

4. Suspensión y extinción de la prestación.

La situación preexistente sobre suspensión. Las previsiones hasta el momento reflejadas en el artículo 212 LGSS, relativas a suspensión del derecho a la prestación de desempleo, resultaban comprensivas de cinco situaciones a las que se anudaba la correspondiente consecuencia suspensiva: 1) por un mes, si el parado requerido no comparece ante el Servicio Público de Empleo sin causa justificada, no renueva la demanda de empleo o no acredita en plazo la comparecencia a la oferta de empleo facilitada ⁶⁵; 2) durante la prestación del servicio militar o asimilado [salvo que tenga familiares a su cargo y la familia carezca de «rentas» superiores al salario mínimo]; 3) mientras cumpla condena que implique privación de libertad [salvo que tenga responsabilidades familiares como en el punto anterior]; 4) si realiza trabajo de duración inferior a doce meses; y 5) en los supuestos de traslado al extranjero para la realización de trabajo o perfeccionamiento profesional por período inferior a seis meses ⁶⁶.

La nueva regulación sobre suspensión. El RD-Ley confiere nueva redacción al primero de los supuestos suspensivos cambiando su contenido por una mera remisión a lo previsto en la LISOS

⁶² Sabido es que el legislador juega constantemente con los términos «despido», «despido disciplinario» y «extinción del contrato» u otros similares, muchas veces generando problemas tan innecesarios como absurdos. Esto es lo que sucede con el precepto ahora comentado que habla reiteradamente de «despido o extinción», planteando la duda de si acoge o ignora las construcciones dogmáticas y jurisprudenciales acerca de los despidos atípicos o la reconducción hacia este concepto de las extinciones acordadas por la empresa y que no se subsuman en otra específica causa.

⁶³ Desde el cese efectivo en el trabajo o desde que se declare extinguida la relación laboral mediante el Auto que pone fin al incidente de no readmisión (art. 279.2 LPL) o que declara la imposibilidad de la readmisión en la empresa cerrada (art. 284 LPL).

En todos los casos, por descontado, siempre que el trabajador solicite de manera expresa la prestación por desempleo (en los términos examinados) y cumpla los requisitos para acceder a la protección (señaladamente, el período de carencia).

⁶⁴ Aquí sí queda claro la naturaleza del tiempo durante el cual existen salarios de tramitación: «ocupación cotizada a todos los efectos».

⁶⁵ Contemplada también en el artículo 17.1 a) LISOS.

⁶⁶ La suspensión supone, en todos los casos, la interrupción del pago de la prestación y de la cotización; en cambio, no afecta a la duración del período acreditado, salvo en los supuestos del número 1, en los que se reduce por tiempo igual al de la suspensión, que tiene carácter de sanción.

para infracciones leves o graves ⁶⁷. Se acoge así una técnica normativa que, en este punto, parece muy recomendable en tanto que lo oportuno es reservar para dicho texto especializado, en exclusiva, la función de tipificar las infracciones y asignar las correspondientes sanciones. A su vez, esa operación se acompaña de la reforma de la norma remitida (art. quinto del RD-Ley) para tipificar como infracción administrativa leve el incumplimiento de las exigencias del compromiso de actividad, o para concordar la remisión normativa (definiendo los conceptos utilizados a la nueva LGSS); asimismo, se introduce una escala muy matizada en la sanción por faltas leves ⁶⁸.

Además de los supuestos referidos, la adición de la letra e) al artículo 212.1 LGSS advierte sobre la lógica suspensión de la prestación por desempleo en procesos por despido donde se haya optado por la readmisión y estén pendientes del recurso interpuesto ⁶⁹. El retoque introducido en el artículo 212.3 b) LGSS, concordante con este supuesto, sirve para advertir que el derecho se reanuda («previa solicitud del interesado») cuando finalice la causa de suspensión (es decir, cuando se haya resuelto el recurso y no exista readmisión) ⁷⁰.

Régimen preexistente sobre extinción. En cuanto a la extinción de la prestación, se recogían legalmente (art. 213 LGSS) los siguientes casos: 1) por agotamiento del plazo de duración de la prestación; 2) por rechazar una oferta de empleo adecuada o negativa a participar en trabajos de colaboración social, programas de empleo, o en acciones de promoción, formación y reconversión profesionales, salvo causa justificada; 3) por imposición de sanción de extinción de la prestación según la LISOS; 4) realización de un trabajo de duración igual o superior a doce meses, sin perjuicio de la opción recogida en el artículo 210.3; 5) por cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, salvo que el titular no tenga acreditado el período de cotización exigido o se trate de suspensión del contrato de trabajo o reducción de jornada, debidamente autorizado; 6) por devenir pensionistas de jubilación, incapacidad total o absoluta, o gran invalidez (aunque en estos casos de invalidez el beneficiario puede optar por la prestación más favorable); 7) por traslado de residencia al extranjero (con las salvedades reglamentariamente establecidas); y 8) por renuncia voluntaria al derecho.

La reforma sobre extinción. La reforma operada afecta exclusivamente al caso 3, determinando la mera remisión a lo previsto en la LISOS [art. 213.1 c): «*Imposición de sanción en los términos previstos en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social*»] ⁷¹.

⁶⁷ Así, ahora reza que el derecho a la prestación por desempleo se suspenderá por la Entidad Gestora «*Durante el período que corresponda por imposición de sanción por infracciones leves y graves en los términos establecidos en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social*».

⁶⁸ En concreto, las infracciones leves se sancionan con la pérdida de la prestación con un mes (primera infracción), de tres meses (segunda), de seis (tercera) o con la extinción (cuarta); el enlace entre infracciones pende de que entre la comisión de una infracción leve y la anterior no hayan transcurrido más de los 365 días. La misma regulación se aplica a las prestaciones por desempleo en el nivel asistencial.

⁶⁹ A este respecto hay que consultar el artículo 295 LPL, sobre ejecución provisional de la sentencia de despido.

⁷⁰ Tanto en este como en los demás casos de reanudación «se considerará reactivado el compromiso de actividad», aunque se admite que la Entidad Gestora «exija la suscripción de un nuevo compromiso», sin especificar en qué supuestos puede ocurrir y por qué razones. Dicho queda que una de las directrices de la norma viene dada por la potenciación de las funciones de la Entidad Gestora.

⁷¹ La distinción entre el contenido descriptivo de las conductas que provocaban la extinción de la prestación y alusivo al contenido de la LISOS, y la mera remisión a lo previsto en este último texto legal, merece un total elogio. Por otro lado,

5. Pago de las prestaciones.

No se alteran las previsiones generales recogidas en los puntos 1 y 2 del artículo 228 LGSS, determinantes de que la Entidad Gestora dicta resolución por la que concede o deniega el pago de las prestaciones, en el plazo de quince días desde la presentación de la solicitud, y que el abono se realiza por mensualidades de treinta días, dentro del mes siguiente al que corresponde el devengo.

Sí, en cambio, se modifica su punto 3, estableciéndose dos posibilidades de pago irregular ⁷² de la prestación contributiva «que esté pendiente por percibir» por el trabajador: 1.^a) el abono «por una sola vez»; 2.^a) el pago parcial para subvencionar la cotización (del antiguo desempleado) a la Seguridad Social ⁷³.

Hasta ahora la modalidad de pago único de la prestación contributiva de desempleo se regula en el Real Decreto 1044/1985, modificado por Leyes 22/1992 y 50/1998; los desempleados que tengan la intención de convertirse en socios trabajadores de una cooperativa de trabajo asociado o de una sociedad laboral pueden percibir en un pago único la prestación de desempleo a que tuvieran derecho por haber cesado definitivamente en su actividad laboral; los trabajadores minusválidos pueden acogerse a esa ventaja para acceder al desempeño de una actividad económica como autónomos.

La Disposición Transitoria cuarta del RD-Ley confirma esa regulación y especifica que también cabe el pago trimestral para subvencionar la cotización del trabajador o de quien (minusválido o no) se constituya como trabajador autónomo.

VI. LA PRESTACIÓN ASISTENCIAL POR DESEMPLEO

El sistema asistencial de protección por desempleo constituye una prolongación y complemento del nivel contributivo, cuya finalidad no es ya conceder una prestación sustitutiva de las rentas salariales dejadas de percibir, sino paliar la falta de recursos económicos del desempleado. Comprende el abono de un subsidio de desempleo (cuantía dineraria desligada de la previa base de cotización) ⁷⁴ y de las cotizaciones a la Seguridad Social correspondientes a las contingencias de

que no haya habido necesidad de reformar la tipificación de la LISOS es claro síntoma de que ya existían suficientes resortes sancionadores frente a las conductas defraudatorias graves.

⁷² Utilizado el término para aludir a una cadencia o forma de pago diversa de la general.

⁷³ Nótese que no cabe destinar parte de la prestación por desempleo a la cotización empresarial, si es que el desempleado se incorpora a sociedad laboral o cooperativa acogiéndose al RGSS.

⁷⁴ Subsidio que es igual al 75 por 100 del SMI vigente en cada momento, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias; en el caso de desempleo por pérdida de un trabajo a tiempo parcial, dicha cuantía se percibirá en proporción a las horas previamente trabajadas. No obstante lo anterior, para el subsidio especial previsto para desempleados de larga duración y, en su caso, para los primeros 6 meses del subsidio de prejubilación (cuando el beneficio mayor de 52 años haya agotado una prestación de 24 meses), la cuantía será: el 75 por 100 del SMI cuando tenga un o ningún familiar a su cargo; el 100 por 100 del SMI cuando sean dos los familiares a su cargo; el 125 por 100 del SMI cuando sean tres o más los familiares a su cargo.

asistencia sanitaria, protección a la familia y, en su caso, jubilación, durante la percepción del subsidio (art. 206.1.2 LGSS).

Reglas sobre percepción de cualquier subsidio. La reforma afecta igualmente al requisito de carencia de rentas de cualquier naturaleza superiores, en cómputo mensual ⁷⁵, al 75 por 100 del SMI, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, y (en su caso) responsabilidades familiares, de modo que el nuevo artículo 215.3 LGSS amplía notablemente el tenor del texto que altera, para garantizar que la concurrencia de dichos requisitos se mantiene a lo largo de todo el proceso de génesis y disfrute del subsidio ⁷⁶.

Dentro del mismo artículo 215.3 LGSS se abre un nuevo apartado para clarificar algunos extremos acerca de cómo han de computarse los ingresos para determinar si se cumple el requisito de necesidad económica. Las magnitudes a contabilizar son las siguientes: 1) cualesquiera bienes, derechos o rendimientos de que disponga o pueda disponer el desempleado derivados del trabajo, del capital mobiliario ⁷⁷ o inmobiliario, de las actividades económicas y los de naturaleza prestacional, salvo las asignaciones de la Seguridad Social por hijos a cargo; 2) las plusvalías o ganancias patrimoniales, así como los rendimientos que puedan deducirse del montante económico del patrimonio, aplicando a su valor el 50 por 100 del tipo de interés legal del dinero vigente ⁷⁸, con la excepción de la vivienda habitualmente ocupada por el trabajador y su familia y de los bienes cuyas rentas hayan sido computadas; 3) el importe de la indemnización por extinción del contrato, así como los frutos, rendimientos, intereses o plusvalías derivados de dicha indemnización, sea cual sea la periodicidad de su percepción o forma de pago ⁷⁹.

⁷⁵ La referencia al cómputo mensual ha llevado a que la jurisprudencia entienda que los ingresos irregulares (incluidos los derivados del trabajo) deban promediarse anualmente, provocando la extinción del subsidio sólo si comportan una alteración definitiva de las circunstancias que determinaron el reconocimiento inicial de la prestación [en estos términos, SSTS de 13 de mayo de 1997 (RJ 4270); 17 de junio de 1998 (RJ 5784); 24 de septiembre de 1998 (RJ 7302); 27 de enero de 2000 (RJ 1317)]. La STS de 31 de mayo de 1996 (RJ 4715) advirtió que los ingresos a contabilizar para determinar si se alcanza el umbral de suficiencia son brutos, sin practicar descuentos o deducciones.

⁷⁶ Nótese lo atormentado de la fórmula legal: «*los requisitos deberán concurrir en el momento del hecho causante y, además, en el de la solicitud del subsidio, así como en el momento de la solicitud de sus prórrogas o reanudaciones y durante la percepción*». Las SSTS de 22 de diciembre de 1997 (RJ 9529) y 29 de septiembre de 1998 (RJ 7310) ya habían llegado a la conclusión de que para percibir el subsidio por desempleo han de concurrir ininterrumpidamente los requisitos exigidos para su devengo inicial.

⁷⁷ A estos efectos puede recordarse el criterio dado por la STS de 23 de marzo de 1995 (RJ 2181), conforme al cual serán objeto de cómputo las rentas de capital mobiliario del año o ejercicio anterior al de la solicitud, al no poder ser conocidas en su totalidad hasta el final de cada ejercicio.

⁷⁸ De manera más flexible, las SSTS de 31 de mayo de 1999 (RJ 6156, Sala General) y 30 de junio de 2000 (RJ 6279) entendieron que las plusvalías obtenidas con la venta de bienes inmuebles no computan a efectos del umbral de rentas que determina el acceso y/o mantenimiento del subsidio.

⁷⁹ Esta partida recibe especial atención, pues se añade que «*ya se perciban, directamente del empresario o de Organismos o Administraciones Públicas, como complemento o en sustitución de aquéllas, o a través de entidades financieras, aseguradoras o crediticias por cuenta de las empresas, Organismos o Administraciones Públicas cuando respondan al cumplimiento del pago de la indemnización. En este caso si la indemnización se abona en un pago único sólo se computará si se percibe dentro del año anterior al nacimiento del derecho al subsidio prorrateada entre doce meses, y si se percibe periódicamente se computará a prorrata mensual*».

Adicionalmente, la Disposición Transitoria tercera del RD-Ley excepciona de sus nuevas normas a las indemnizaciones derivadas de expedientes de regulación de empleo iniciados antes del 27 de mayo de 2002. Conviene recordar que la

El subsidio en casos de despido. Ante la posibilidad de que el trabajador despedido (sin derecho a salarios de tramitación) no acceda a la protección contributiva por desempleo al no alcanzar la carencia exigida, el nuevo artículo 219.1 a) LGSS ha concordado con tal hipótesis el nacimiento del derecho al subsidio inmediatamente tras el despido. Y en línea con lo previsto en otros preceptos, se advierte que *«en la fecha de solicitud se deberá suscribir el compromiso de actividad»*.

El subsidio de emigrantes retornados. En cuanto a los beneficiarios del subsidio, se alteran ahora los excesivamente generosos términos del artículo 215.1.1 c) LGSS, para reconducirlos hacia otros mucho más exactos y exigentes en orden a conceder el subsidio a los emigrantes retornados. Con arreglo a ello, la nueva previsión exige el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1) ser trabajador español emigrante ⁸⁰; 2) haber retornado de países ajenos al Espacio Económico Europeo con los que no exista Convenio de protección por desempleo ⁸¹; 3) haber trabajado en el extranjero al menos doce meses (antes eran seis) en los últimos seis años (antes no existía este período de referencia) desde su última salida de España; 4) carecer de derecho a la prestación por desempleo.

Por su parte, la nueva Disposición Adicional 33.^a LGSS (incorporada por el art. Uno. Once del RD-Ley) explica, innecesariamente y con redacción desafortunada, que *«Los trabajadores que provengan de los países miembros del Espacio Económico Europeo, o de los países con los que exista convenio de protección por desempleo, obtendrán las prestaciones por desempleo en la forma prevista en las normas comunitarias o en los convenios correspondientes»*.

Quienes no lucren esta protección pueden, siendo mayores de cuarenta y cinco años, acceder al Programa de Renta Activa de Inserción que para el año 2002 recoge la Disposición Adicional primera del RD-Ley.

VII. CUESTIONES COMUNES A AMBOS NIVELES DE DESEMPLEO

El RD-Ley viene a incorporar dos nuevos apartados, el 4 y 5, al artículo 228 LGSS, marcando el primero de ellos dos posibles líneas de actuación en materia de Políticas activas de empleo:

jurisprudencia de unificación había venido diciendo que las rentas o intereses fruto de la inversión financiera o bancaria de la indemnización percibida por el desempleado deben computarse dentro del umbral de rentas que permiten o impiden el nacimiento del derecho al subsidio [en tal sentido, SSTS de 22 y 23 de diciembre de 1994 (RJ 511 y 512); 31 de enero de 1995 (RJ 678); 13 y 27 de marzo de 1995 (RJ 1765 y 2344); 5 de abril de 1995 (RJ 3030); 5 y 8 de mayo de 1995 (RJ 3748 y 3754); 1, 2 (dos) y 6 de junio de 1995 (RJ 4744, 4748, 4750 y 4762); 4 de julio de 1995 (RJ 5475)]. En otro orden, también la jurisprudencia había entendido que no debía computarse el importe de los pagos aplazados correspondientes a la indemnización por extinción del contrato [así, STS de 18 de septiembre de 1996 (RJ 6571)].

⁸⁰ Aunque sabido es que el mismo derecho hay que reconocer a quienes no posean la nacionalidad española y sí equiparación de derechos con los nacionales.

⁸¹ Requisito este novedoso y que restringe sensiblemente la cobertura del subsidio.

Compatibilidad del desempleo con el trabajo para ciertos colectivos. La primera de las actuaciones tendentes a utilizar la protección o el subsidio como resortes para facilitar el acceso al empleo viene dada por la posibilidad de compatibilizar tal protección económica (contributiva o asistencial) con el desarrollo de un trabajo por cuenta ajena siempre que así lo establezca un Programa de Fomento al Empleo para colectivos con especiales dificultades de inserción, surgiendo un esquema similar al de los trabajos de colaboración social.

En concreto, la Entidad Gestora *«podrá abonar al trabajador el importe mensual de las prestaciones en la cuantía y duración que se determinen, sin incluir la cotización a la Seguridad Social»*, mientras que el empresario deberá abonar al trabajador *«la diferencia entre la prestación o subsidio por desempleo y el salario que le corresponda, siendo, asimismo, responsable de cotizar a la Seguridad Social por el total del salario indicado, incluido el importe de la prestación o subsidio»*.

Se trata de una medida no exenta de polémica (especialmente, porque la Seguridad Social acaba financiando una parte de los costes empresariales), cuya efectividad pende, por descontado, de la cumulativa concurrencia de los diversos requisitos enumerados por la LGSS: a) que exista un Programa específico de empleo; b) que haya un sujeto con derecho a percibir la prestación o el subsidio; c) que el beneficiario pertenezca a uno de los colectivos con graves problemas de inserción; d) que sea contratado por una empresa; e) que se cumplan los requisitos adicionales señalados en el correspondiente Programa.

Compatibilizando desempleo y trabajo en el marco de programas formativos de PYMES. Dispone ahora la LGSS que, con el fin de hacer efectivo el derecho a la formación de trabajadores ocupados así como de incrementar las posibilidades de empleo de los trabajadores desempleados *«se determinarán programas que permitan a las empresas sustituir a los trabajadores en formación por otros trabajadores desempleados beneficiarios de prestaciones por desempleo»*.

En aplicación de ello, la Disposición Transitoria sexta del RD-Ley contempla el supuesto de empresa de hasta 100 trabajadores, alguno de los cuales participe en acciones formativas financiadas por cualquier Administración y sea sustituido por trabajador desempleado contratado al efecto.

Autofinanciación de la movilidad geográfica. Por lo que se refiere al nuevo apartado 5 del artículo 228 LGSS, se posibilita una mini-capitalización de las prestaciones (contributivas y asistenciales) pendientes de percibir (cuando así lo establezca algún Programa de Fomento de Empleo para facilitar la movilidad geográfica) a fin de permitir *«ocupar un empleo que implique cambio de la localidad de residencia»*.

Importa recalcar el tenor de la norma, para concordar esta referencia con la contenida en la legislación laboral (art. 40 ET relativo a movilidad geográfica) y con el concepto de colocación adecuada incorporado al artículo 231 LGSS, o con las previsiones que sobre el tema contienen algunos convenios colectivos. Puede observarse que los criterios acogidos no son idénticos en los casos citados.

El compromiso de actividad. En correspondencia con lo ya expuesto, la lista de obligaciones que pesa sobre los sujetos protegidos por desempleo se incrementa mediante las letras h) e i) del

artículo 231.1 LGSS. Se trata de las exigencias del compromiso de actividad y de la búsqueda activa de empleo o participación en actividades de mejora de la ocupabilidad que se determinen por el Servicio Público de Empleo, en su caso, dentro de un itinerario de inserción ⁸².

Pues bien, la sede donde se regula el tan citado *compromiso de actividad* es el añadido apartado 2 que se hace al artículo 231 LGSS, aunque resulta conveniente la concordancia con otros preceptos ⁸³; además de su forma escrita o momento de celebración, conviene resaltar el alcance de su contenido: «*Buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad, así como de cumplir las restantes obligaciones previstas en este artículo*».

La colocación adecuada. Por su parte, el nuevo apartado 3 del mismo precepto introduce cambios relevantes para aquilatar mejor el tradicional concepto de colocación adecuada ⁸⁴. La regulación actual ha ampliado notablemente el alcance de este concepto, asignándole una dimensión dinámica (varía con el transcurso del tiempo que se lleve en paro) y abriéndolo desde la óptica de las funciones u ocupación, localización geográfica, retribución a percibir, jornada ofertada o duración que posea el contrato de trabajo. Desde estas variables, se conforman los elementos que la definen:

- Se entiende por colocación adecuada la profesión demandada por el trabajador y también aquella que se corresponda con su profesión habitual o cualquier otra que se ajuste a sus aptitudes físicas y formativas, entendiéndose, en todo caso, como tal la coincidente con la última actividad laboral desempeñada.
- Transcurrido un año de percepción ininterrumpida de las prestaciones, además de las profesiones anteriores, también podrán ser consideradas adecuadas otras colocaciones que a juicio del Servicio Público de Empleo puedan ser ejercidas por el trabajador.
- La colocación se entenderá adecuada cuando se ofrezca en la localidad de residencia habitual del trabajador o en otra localidad situada en un radio inferior a 30 kilómetros desde la

⁸² Ya se ha llamado la atención suficientemente acerca de la «contractualización» de los deberes que la Ley ha venido imponiendo tradicionalmente, así como acerca de la potenciación de las funciones y competencias asignadas a la Entidad Gestora.

⁸³ Así, dentro de la propia LGSS conviene repasar los artículos 209.1 (deberá suscribirse en el momento de solicitar la prestación de desempleo), 212.3 (al solicitar la reanudación de la prestación o subsidio se considera reactivado, o puede exigirse la nueva suscripción), 219.1 a) (necesidad de suscribirlo al solicitar el subsidio cuando hay situación legal de desempleo sin haber cubierto el período de carencia para la prestación), y 231.1 h) (lo configura como obligación del sujeto protegido), o la disposición adicional quinta. 4 (imprescindible para acceder al Programa de Renta Activa de Inserción). En las normas reguladoras del desempleo agrario o en los Programas específicos de empleo aparece profusamente contemplado.

⁸⁴ El artículo 213.2 LGSS albergaba la definición de tal concepto: «*aquella que se corresponda con la profesión habitual del trabajador o cualquier otra que, ajustándose a sus aptitudes físicas y formativas, implique un salario equivalente al establecido en el sector en el que se le ofrezca el puesto de trabajo, con independencia de la cuantía de la prestación a que tenga derecho, y no suponga cambio de su residencia habitual, salvo que tenga posibilidad de alojamiento apropiado en el lugar del nuevo empleo. En todo caso, se entenderá por colocación adecuada la coincidente con la última actividad laboral desempeñada*». Este precepto es expresamente derogado por la Disposición Derogatoria Única [apartado a)] del RD-Ley.

localidad de la residencia habitual, salvo que el trabajador acredite que el tiempo mínimo para el desplazamiento, de ida y vuelta, supera dos horas de duración diaria, o que el coste del desplazamiento supone un gasto superior al 20 por 100 del salario mensual, o cuando el trabajador tenga posibilidad de alojamiento apropiado en el lugar de nuevo empleo.

- La colocación que se ofrezca al trabajador se entenderá adecuada con independencia de la duración del trabajo, indefinida o temporal, o de la jornada de trabajo, a tiempo completo o parcial, o de la cotización, o no, por la contingencia de desempleo, siempre que implique un salario equivalente al aplicable al puesto de trabajo que se ofrezca, con independencia de la cuantía de la prestación a que tenga derecho el trabajador, o aunque se trate de trabajos de colaboración social.
- El salario correspondiente a la colocación para que ésta sea considerada adecuada no podrá, en ningún caso, ser inferior al salario mínimo interprofesional una vez descontados de aquél los gastos de desplazamiento.

No obstante lo anterior, a excepción de este último requisito los demás pueden ser modificados por el Servicio Público de Empleo y adaptar su aplicación a las circunstancias profesionales, personales y familiares del desempleado, teniendo en cuenta el itinerario de inserción fijado ⁸⁵.

Contratación fraudulenta y desempleo. Cuestión relevante se destaca, igualmente, en la Disposición Adicional tercera del RD-Ley, bajo la rúbrica de «*Reiteración en la contratación temporal*», atinente a la situación fáctica en que la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo considere que puede no existir una situación legal de desempleo por entender que la reiteración de contratos temporales entre una misma empresa y un mismo trabajador pudiera ser abusiva o fraudulenta ⁸⁶. La curiosísima previsión contiene dos partes bien diferenciadas:

- Por un lado, la norma alberga un contenido loable, en concordancia con el criterio que la jurisprudencia había venido manteniendo ⁸⁷, y dirigido a desterrar definitivamente la práctica del Servicio Público de Empleo de denegar la protección a la finalización del contrato temporal presuntamente irregular; ahora se dispone que quien ha de acudir a la jurisdicción social no es el trabajador (impugnando la denegación) sino, en su caso, la Entidad Gestora. Para estos supuestos, se reconocerán, provisionalmente, las prestaciones por desempleo por extinción del contrato temporal, si se reúnen los requisitos exigidos y en el caso

⁸⁵ Nuevamente, además, las facultades de la Entidad Gestora se modifican de manera superlativa, de manera que podrá modificar los parámetros generales.

⁸⁶ El supuesto de hecho delineado es el de «Cuando la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo considere que puede no existir una situación legal de desempleo por entender que la reiteración de contratos temporales entre una misma empresa y un mismo trabajador pudiera ser abusiva o fraudulenta, lo podrá comunicar a la autoridad judicial, demandando la declaración de la relación laboral como indefinida y la readmisión del trabajador».

⁸⁷ Las SSTS de 7 de mayo de 1994 (RJ 4006), 20 de diciembre de 1995 (RJ 9487) y 6 de marzo de 2001 (RJ 2835) vienen a decir que cuando el vínculo mantiene una apariencia de temporalidad y se produce la extinción por denuncia empresarial del término final del contrato no cabe imponer al trabajador la exigencia inexcusable de que demande por despido.

de declaración en sentencia firme de la relación laboral como indefinida con obligación de readmitir al trabajador será de aplicación lo previsto en la letra b) del apartado 5 del artículo 209 LGSS ⁸⁸.

- Por otra parte, uno de los más enigmáticos preceptos del RD-Ley dispone que cuando la Entidad Gestora considere que puede existir contratación fraudulenta «*lo podrá comunicar a la autoridad judicial, demandando la declaración de la relación laboral como indefinida y la readmisión del trabajador*»). De su primera exégesis pueden derivarse algunas enseñanzas tales como que:
 - a) Estamos ante una facultad (no ante una obligación) del Instituto; en este sentido, criterios internos de actuación son tan admisibles como lógicos, aunque en la realidad acaben generando cierta insatisfacción por la desigual reacción ante supuestos similares.
 - b) Nada impide que la actividad del INEM sea excitada, en su caso, por el propio trabajador; lo razonable, no obstante, sería que éste demandara por despido pero la norma parece atribuir a la actuación jurisdiccional del INEM consecuencias diversas.
 - c) La «autoridad judicial» ha de ser el Juzgado de lo Social competente por razones territoriales, conforme a los criterios generales de la LPL.
 - d) Que el INEM acuda a la jurisdicción social «demandando» puede entenderse como que ha de hacerlo mediante escrito que contenga los requisitos propios de toda demanda, y no sólo en el más coloquial de pedir algo.

Lo que sucede es que el inesperado precepto abre dudas importantísimas acerca de la modalidad procesal adecuada para encauzar estos problemas ⁸⁹ o, más enjundiosas todavía, respecto del significado y alcance de que la sentencia pueda declarar «la relación laboral como indefinida con obligación de readmitir al trabajador» ⁹⁰, el plazo para accionar, la posición procesal del trabajador, la forma de ejecutar la sentencia, el tiempo durante el cual hay que estar a esa readmisión, etc.

⁸⁸ Considerando, por tanto, que las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de prestaciones por desempleo son indebidas por causa no imputable al mismo. La Entidad Gestora cesará entonces en el abono de las prestaciones por desempleo y reclamará las cotizaciones a la Seguridad Social efectuadas. El empresario deberá ingresar a la Entidad Gestora las cantidades percibidas por el trabajador, deduciéndolas de los salarios dejados de percibir que hubieran correspondido según lo establecido en el artículo 57.1 ET, con el límite de la suma de tales salarios.

⁸⁹ Mientras nada se diga, es claro que el proceso ordinario resulta el preceptivo, aunque no faltan opiniones que postulan el acudimiento al procedimiento de Seguridad Social (pero estamos ante un pleito que afecta al contrato de trabajo), al de despido (pero no acciona el trabajador) o al de oficio (pero éste sólo procede en los supuestos expresamente contemplados en la LPL).

Lo más lógico sería que se aprobase una expresa regulación para este supuesto, clarificando las dudas a que acto seguido se aludirá, así como la posible traslación de diversas previsiones contenidas en modalidades procesales concomitantes.

⁹⁰ Surge la duda de si se ha querido delinear un tipo de despido nulo (ante contrataciones fraudulentas), un supuesto en que la sentencia ha de ejecutarse en sus propios términos o nada de ello; el que haya readmisión, desde luego, implica que habrá salarios de tramitación, pero surge la duda de si el ulterior despido improcedente puede desembocar en extinción indemnizada.

VIII. PROTECCIÓN POR DESEMPLEO EN EL RÉGIMEN ESPECIAL AGRARIO (REA)

1. El sistema preexistente para trabajadores eventuales.

En este REA se incluye a los trabajadores que en forma habitual y como medio fundamental de vida realicen labores agrarias dentro del territorio nacional, sean propiamente agrícolas, forestales o pecuarias. Conviene recordar que la existencia de este Régimen Especial Agrario suele justificarse en múltiples y variadas razones (especiales circunstancias del trabajo en el campo, de tipo socioeconómico tales como la dispersión de la población, bajas rentas salariales, población envejecida prematuramente, elevado desequilibrio entre activos y pasivos, etc.); precisamente ello es lo que ha deparado las múltiples críticas producidas sobre su existencia, por obedecer a argumentos que no son de tipo jurídico sino más bien razones de tipo metajurídico o puras razones económico-financieras ⁹¹.

La protección preexistente. En materia de desempleo se distingue entre trabajadores fijos y eventuales. Respecto de los primeros se equiparan plenamente a los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General, salvo el abono de las cotizaciones durante la percepción de la prestación, que respecto a la cuota de los trabajadores el Servicio Público de Empleo aporta el 72 por 100 en lugar del general que se limita al 35 por 100 (art. 214.4 LGSS).

Para los trabajadores eventuales, su regulación se encuentra en el Real Decreto 5/1997, de 10 de enero, que solamente prevé un «subsidio por desempleo» con dos modalidades: subsidio por desempleo en favor de los trabajadores eventuales del REA ⁹², y subsidio especial en favor de los trabajadores eventuales del REA mayores de cincuenta y dos años ⁹³. Se trata de unas figuras de gran trascendencia social, y de ahí que susciten encontradas opiniones, no siempre ponderadas.

Por otro lado, sean cuales sean las soluciones que prevalezcan a los anteriores interrogantes, es curioso que esa drástica consecuencia de readmisión sólo opera cuando el proceso es promovido por la Entidad Gestora; paradójicamente, si es el propio trabajador quien acciona frente a su despido desembocaríamos ante la alternativa común (indemnización o readmisión), tal y como la propia jurisprudencia viene sosteniendo.

De cualquier modo, si acabamos en una readmisión y se ha venido abonando provisionalmente la prestación por desempleo, parece lógico que acabe aplicándose el régimen jurídico de *restitutio* contenido en el artículo 57.2 ET y 209.5.b) LGSS.

⁹¹ Cfr. estas posturas en G. RODRÍGUEZ INIESTA: *Curso de Seguridad Social...*, ob. cit., pp. 590-591.

⁹² Generalmente se habla del PER, cuando lo cierto es que este RD 5/1997 vino a sustituir al Plan de Empleo Rural. En este caso son beneficiarios los trabajadores eventuales del REA que tengan su domicilio en el ámbito geográfico de las Comunidades Andaluza o Extremeña, debiendo reunir como requisitos: estar desempleado, inscrito en el censo agrario como trabajador por cuenta ajena (si no hubiera sido receptor del subsidio con anterioridad se le exigirá haber permanecido inscrito en el censo en los doce meses inmediatamente anteriores a la solicitud), encontrarse en alta o situación asimilada, tener cubierto en el REA un mínimo de 35 jornadas reales cotizadas en los doce meses naturales anteriores a la solicitud, no haber cumplido la edad mínima exigida para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación del sistema y poder acceder a ella, estar al corriente de la cuota fija por contingencias comunes al REA en los doce meses naturales inmediatos a la solicitud o, en su caso, por el período inferior en que se haya mantenido en alta, y carecer de rentas en los términos previstos en el artículo 3 del RD 5/1997.

⁹³ A este subsidio tienen derecho los trabajadores que superen la edad referida y que reúnan los requisitos contemplados con carácter general para el subsidio en favor de los trabajadores eventuales del REA, salvo el de la cotización (35 jornadas en los 12 meses anteriores), y cumplan además las siguientes condiciones: haber cotizado al REA como trabaja-

En el primer caso, la cuantía del subsidio será igual al 75 por 100 del SMI vigente en cada momento para los trabajadores no eventuales, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias; comprende, además, el abono al trabajador del importe de la cuota fija mensual del trabajador, vigente en cada momento en el REA. La duración es variable y está en función de la edad del solicitante, de sus responsabilidades familiares y el número de jornadas reales trabajadas y cotizadas, en los doce meses anteriores a la situación de desempleo.

En cuanto al segundo, la duración del subsidio es de 360 días, que una vez agotado puede reanudarse el derecho al mismo cada doce meses, a contar desde el inicio del primer derecho, sin necesidad de acreditar jornadas reales cotizadas suficientes para generar otro, y que durarán hasta que el trabajador alcance edad que le permita acceder a cualquier tipo de pensión de jubilación.

Las novedades introducidas. El artículo tercero del RD-Ley conserva de manera residual el sistema de protección por desempleo a favor de los trabajadores eventuales agrarios del Real Decreto 5/1997, aunque (muy importante) sólo a favor de quienes ya vienen beneficiándose del mismo; en concreto, se trata de quienes *«hayan sido beneficiarios de dicho subsidio en alguno de los tres años naturales inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud del mismo, salvo que el último derecho al subsidio, percibido dentro del período antes citado se hubiera extinguido por resolución sancionadora firme»*. Eso sí, incorporando la obligatoriedad de suscribir el compromiso de actividad al solicitarlo y estableciendo la incomunicabilidad entre las cotizaciones con el nuevo sistema ⁹⁴.

Para el resto de trabajadores (de cualquier Comunidad Autónoma, incluyendo Extremadura y Andalucía) se establece una nueva modalidad protectora, que reseñamos seguidamente.

2. La nueva protección de los eventuales agrarios.

El artículo cuarto del RD-Ley recoge la nueva regulación para la prestación por desempleo de nivel contributivo para los trabajadores eventuales del REA en todo el territorio nacional. En este orden, desde el día 1 de junio de 2002 se incluye en el ámbito de la protección por desempleo y es *«obligatoria la cotización por desempleo de los trabajadores por cuenta ajena eventuales»* del REA, aunque existe una escala reductora importante (desde el 85% en 2002 hasta el 30% en 2006) y una exclusión (tanto de cotización cuanto de protección) significativa para las explotaciones familiares (de cónyuge y familiares hasta segundo grado).

dores eventuales y percibido el subsidio ininterrumpidamente durante los cinco últimos años (en los términos previstos en el art. 2.2 RD 5/1997), y reunir el período de cotización necesario para el reconocimiento de cualquier tipo de pensión contributiva por jubilación en el sistema de Seguridad Social.

⁹⁴ El artículo cuarto. seis del RD-Ley dispone que las cotizaciones por jornadas reales que hayan sido computadas para el reconocimiento de las prestaciones por desempleo de carácter general no podrán computarse para el reconocimiento del subsidio establecido en el RD 5/1997, y las computadas para reconocer el citado subsidio no podrán computarse para obtener prestaciones por desempleo de carácter general.

La base de cotización por desempleo será la de jornadas reales establecida para el REA; el tipo de cotización y su distribución será el que corresponda y se fije en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para los eventuales, y la cuota a ingresar por el trabajador y por el empresario se reducirá respectivamente en la escala establecida, hasta que sea de aplicación sin reducción a partir del año 2007.

Las prestaciones por desempleo de nivel contributivo se obtendrán si se reúnen los requisitos establecidos en el artículo 207 LGSS, con las especialidades siguientes:

- El cónyuge, descendiente o ascendiente o pariente, por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive o, en su caso, por adopción, del titular de la explotación agraria en la que trabaje no se considerará en situación legal de desempleo, por el cese en dicho trabajo (en estos casos no se cotizará por la contingencia de desempleo, ni se tendrá derecho a las prestaciones por desempleo por los períodos de actividad correspondientes).
- La duración de la prestación por desempleo estará en función de los períodos de ocupación cotizada en los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar con arreglo a la escala que incorpora el RD-Ley (primer intervalo de días cotizados desde 360 hasta 539, 90 de prestación; último intervalo para más de 2.160 días cotizados, 540 de prestación) ⁹⁵.
- La cotización a la Seguridad Social durante la percepción de la prestación contributiva será la que corresponda a los agrícolas fijos.

En definitiva, de la nueva regulación pueden destacarse dos especialidades negativas respecto del régimen común, que aluden a la proporción entre período cotizado y percepción lucrada (la relación de 3/1 se cambia por la de 4/1) ⁹⁶ y a la exclusión de la protección propia del nivel asistencial ⁹⁷. Por ello, quizá es más una ampliación teórica que real, pues sólo en muy contados casos se reunirán los requisitos preceptivos para obtenerla.

Prosigue la regulación en su punto 3 del artículo cuarto del RD-Ley facultando al Gobierno «para establecer limitaciones en el acceso a la protección por desempleo de determinados colectivos; para exigir una declaración de actividad previa al pago de las prestaciones; para modificar la escala que fija la duración de la prestación contributiva; y para extender la protección asistencial

⁹⁵ Si el trabajador eventual agrario de forma inmediatamente anterior figuró de alta en Seguridad Social como trabajador autónomo o cuenta propia, el período mínimo de cotización necesario para el acceso a la prestación por desempleo será de 720 días aplicándose la escala a partir de ese período.

⁹⁶ Nótese que el artículo 2.1 c) del RD 5/1997 viene exigiendo para la percepción del subsidio por desempleo una cotización de «treinta y cinco jornadas reales cotizadas en los doce meses naturales inmediatamente anteriores a la situación de desempleo», generándose la percepción durante un período (variable, según supuestos) que suele oscilar entre 180 y 360 días. Ahora la duración se establece en función de «los períodos de ocupación cotizada en los seis años anteriores», surgiendo una prestación que dura de 90 a 540 días.

⁹⁷ La regulación del Título III LGSS juega supletoriamente, conforme al artículo cuarto. 2 del RD-Ley.

a los trabajadores, en función de la tasa de desempleo y la situación financiera del sistema». Estas importantes habilitaciones quizá persigan que se administre el sistema de modo armónico con los valores y fines de la Política Socioeconómica acogida por el mismo.

En fin, la Disposición Adicional cuarta del RD-Ley recoge una norma de racionalización interna entre bloques de protección, que persigue que los trabajadores eventuales del REA no puedan beneficiarse del Programa para la realización de obras de interés general mientras exista un empleo adecuado para ellos en el sector agrícola.

3. El desempleo de los trabajadores agrícolas fijos.

Aunque de manera colateral, también se ha retocado en un par de aspectos el régimen aplicable al desempleo de los agrícolas fijos. En un caso para advertir que respecto de ellos juegan las mismas exclusiones subjetivas que en el caso de los eventuales (art. cuarto. 4 del RD-Ley), y en otro para coordinar sus cotizaciones por desempleo (en su caso) con las realizadas como eventuales (art. cuarto.5 del RD-Ley).

IX. PROGRAMAS ESPECÍFICOS DE EMPLEO

El análisis que venimos sustentando precisa la mención a las diversas líneas de actuación que, dentro del marco de las políticas activas de empleo y con bastante desorden interno, se acogen en el RD-Ley.

1. Programa de Renta Activa de Inserción (PRAI).

El artículo primero. Doce del RD-Ley incorpora un apartado 4 a la Disposición Final quinta LGSS («Habilitaciones al Gobierno en materia de protección por desempleo»), faculta al Gobierno para que establezca una ayuda específica denominada Renta Activa de Inserción, con un doble condicionante subjetivo (dirigida a los desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo) y conductivo (que adquieran el compromiso de realizar actuaciones favorecedoras de su inserción laboral) ⁹⁸.

El propio RD-Ley, en su Disposición Adicional primera, ha optado por regular detalladamente el PRAI para el presente año ⁹⁹, al tiempo reproduciendo las líneas básicas del precedente e intro-

⁹⁸ De esta forma se lleva a la LGSS la habilitación que la Ley 14/200 («de Acompañamiento») incorporó para el año 2001. La regulación detallada del Programa puede verse en el RD 781/2001, de 6 de julio; asimismo, antecedente de la figura es la regulación del RD 236/2000, de 18 de febrero.

⁹⁹ Pese a que el régimen financiero y gestión de las ayudas contenidas en el PRAI coinciden con lo previsto para las prestaciones por desempleo, quizá por seguir lo previsto en los dos años anteriores, se ha optado por aprobar un Programa

duciendo diversas novedades en cuanto a requisitos (mayores de 45 años, sin protección por desempleo ni rentas, desempleados al menos doce meses; minusválidos; emigrantes retornados; víctimas de violencia doméstica), compromiso de actividad ¹⁰⁰, incorporación o baja, tramitación administrativa, acciones de inserción laboral (tutoría, elaboración de un itinerario personal, ofertas de colocación, incorporación a planes de empleo o formación y acciones de voluntariado), contenido de la ayuda, competencias, colaboración y coordinación entre las Administraciones, financiación, Entidades gestoras y colaboradoras, y trabajadores admitidos a programas anteriores.

El contenido de la ayuda consiste en el 75 por 100 del SMI, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias (sin cotización alguna a cargo del INEM), y dura un máximo de diez meses, siendo compatible con ciertas becas y ayudas, trabajo autónomo o a tiempo parcial, trabajo por cuenta ajena de carácter temporal o indefinido (a tiempo completo) o acciones de voluntariado. Pero debe tenerse en cuenta el requisito establecido para ser beneficiario del programa, de carecer de rentas, de cualquier naturaleza, superiores en cómputo mensual al 75 por 100 del SMI, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, que opera pues como límite de ingresos.

2. Programa de fomento de empleo en economía social y empleo autónomo.

Esta vez en una Disposición Transitoria, la cuarta, del RD-Ley se recoge bajo esta pomposa denominación lo que en realidad es una pequeña modificación del régimen de capitalización de la prestación por desempleo, abriendo nuevas posibilidades al abono trimestral de la cuantía necesaria para afrontar las cotizaciones a la Seguridad Social.

Efectivamente, en este supuesto se prevé que la cuantía de la prestación a abonar corresponderá al importe de la aportación íntegra del trabajador a la Seguridad Social, calculada en días completos de prestación. El abono se realizará trimestralmente por la Entidad Gestora, previa presentación por los trabajadores de los correspondientes documentos acreditativos de la cotización ¹⁰¹.

con validez anual y no indefinida. Sólo pueden beneficiarse del PRAI quienes lo soliciten antes de 31 de diciembre de 2002 y no hayan sido admitidos a los Programas establecidos por los RRDD 236/2000 y 781/2001.

¹⁰⁰ La línea individualizadora (que, justamente apareció sobre todo con los PRAI y similares) que se ha venido subrayando alcanza aquí su máximo exponente al establecerse como obligaciones de quienes se incorporan al Programa (y mientras permanezcan en él) las siguientes: a) proporcionar la documentación e información precisa en orden a la acreditación de los requisitos exigidos para la incorporación y el mantenimiento en el programa; b) participar en los programas de empleo o en las acciones de inserción, orientación, promoción, formación o reconversión profesionales, o en aquellas otras de mejora de la ocupabilidad; c) aceptar la colocación adecuada que les sea ofrecida; d) renovar la demanda de empleo en la forma y fecha que se determinen en el documento de renovación de la demanda y comparecer cuando sea previamente requerido ante el INEM o ante los servicios públicos de empleo; e) comunicar las causas de baja, pérdida de requisitos o incompatibilidades en el momento en que se produzcan esas situaciones; f) presentarse a cubrir la oferta de empleo y devolver a los servicios públicos de empleo, en el plazo de cinco días, el correspondiente justificante de haber comparecido en el lugar y fecha indicados para cubrir las ofertas de empleo facilitadas por aquéllos; g) reintegrar las cantidades de la renta activa de inserción indebidamente percibidas; h) buscar activamente empleo.

¹⁰¹ Esta regla será también aplicable a los beneficiarios de la prestación por desempleo de nivel contributivo, que pretendan constituirse como trabajadores autónomos y no se trate de personas con minusvalía igual o superior al 33 por 100.

3. Compatibilidad del subsidio para mayores de 52 años con el trabajo por cuenta ajena.

La Disposición Transitoria quinta del RD-Ley aplica lo previsto en el artículo 228.4 LGSS (en su nueva redacción), permitiendo compatibilizar con el trabajo por cuenta ajena de los trabajadores desempleados mayores de cincuenta y dos años, inscritos en las Oficinas de Empleo, beneficiarios de cualquiera de los subsidios recogidos en el artículo 215 LGSS. El régimen resultante para este Programa es ciertamente complejo:

1. El INEM abona al trabajador el 50 por 100 del importe del subsidio durante la vigencia del contrato, con el límite máximo del doble del período pendiente de percibir del subsidio, y sin perjuicio de la aplicación de las causas de extinción del derecho.
2. Si el trabajo exige el cambio de residencia, también se le abona una indemnización equivalente a tres mensualidades de la cuantía del subsidio, aunque su importe se descuenta del que restara por percibir al desempleado ¹⁰².
3. A la empresa se le bonifica el 50 por 100 de la cuota por contingencias comunes, en el caso de contratación temporal (durante un máximo de doce meses).
4. A las contrataciones indefinidas se les aplica la bonificación correspondiente, según la regulación vigente del Programa Anual de Fomento del Empleo, o en otras disposiciones vigentes (siempre que el contrato celebrado cumpla los requisitos establecidos en cada caso).
5. El subsidio satisfecho es descontado por la empresa del salario que hubiera de satisfacer ¹⁰³.

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

La Disposición Transitoria sexta del RD-Ley contempla el Programa de sustitución de trabajadores en formación por trabajadores beneficiarios de prestaciones por desempleo, que se articula del modo siguiente:

1. El Servicio Público de Empleo sigue abonando al trabajador desempleado contratado la prestación contributiva o el subsidio por desempleo a que tenga derecho.

¹⁰² Puede decirse que la formulación del precepto en este punto es innecesariamente confusa y probablemente cicatera.

¹⁰³ El empresario, durante este tiempo, tendrá cumplida la obligación del pago del salario que corresponde al trabajador, completando la cuantía del subsidio recibido por el trabajador hasta el importe de dicho salario, siendo asimismo responsable de las cotizaciones a la Seguridad Social por todas las contingencias y por el total del salario indicado incluyendo el importe del subsidio.

2. La empresa, por su parte, durante el período de percepción de la prestación o subsidio que se compatibiliza, abona la diferencia entre su importe y el salario correspondiente, siendo asimismo responsable de la totalidad de las cotizaciones a la Seguridad Social por todas las contingencias y por el total del salario indicado incluyendo el importe de la prestación o del subsidio.

Puede advertirse, por tanto, que el empresario experimenta un ahorro en retribuciones, pero no en cotizaciones al tener que afrontarlas por el importe total.

Con todo, se faculta al Gobierno para que pueda modificar, mediante Real Decreto, lo establecido en esta Disposición Transitoria.

5. Programa de fomento de la movilidad geográfica.

La Disposición Transitoria séptima del RD-Ley se limita a trazar los rasgos fundamentales de este Programa, facultando al Gobierno para que establezca reglamentariamente el procedimiento, el contenido y las condiciones de estas ayudas. Son los siguientes:

1. Se trata de apoyar contrataciones que impliquen desplazamientos o traslados de residencia del trabajador. En este orden, los beneficiarios serán los trabajadores desempleados, empresas y organizaciones empresariales que faciliten la contratación temporal o estable.
2. Las ayudas son compatibles con las derivadas del Programa antes expuesto sobre ayuda a la formación, incluidas las previstas para el supuesto de cambio de residencia.
3. Cuando haya desplazamiento temporal, la ayuda se dirige al empleador, al objeto de organizar y costear el desplazamiento, facilitar el alojamiento de los trabajadores desplazados. Si hay desplazamiento estable, la percibirá el trabajador, en concepto de alojamiento, de gastos de desplazamiento y de traslado de enseres y mobiliario.

6. Programa de fomento de empleo para el año 2002.

La Disposición Final primera del RD-Ley retoca el Programa de Fomento del Empleo para bonificar la contratación de mujeres desempleadas inscritas en la oficina de empleo que sean contratadas en los veinticuatro meses siguientes a la fecha del parto. La bonificación es del 100 por 100 de las cotizaciones durante los doce meses siguientes al inicio de la vigencia del contrato.